TEORÍA & DERECHO

Revista de pensamiento jurídico

Nº32

¿La libertad de expresión en retroceso?

Sumario

DEBATE

Introducción. Interrogantes sobre la libertad de expresión a la altura de 2022
Jacobo Dopico Gómez-Aller

La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa
Miguel Ángel Presno Linera

Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión
Rafael Alcácer Guirao

El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos de renuncia al control material sobre el derecho a castigar)
María Luisa Cuerda Arnau

Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos
Joan Barata Mir

La censura «privada» de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión
Víctor J. Vázquez Alonso

La exposición a la diversidad de contenidos en las redes sociales: entre la regulación o la desagregación en la curación de contenidos
Maria Luisa Stasi

¿El Estado como garante de la objetividad periodística? Información y opiniones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*caso ATV Zrt c. Hungría*)
Paulo Pinto de Albuquerque
Jacobo Dopico Gómez-Aller

Libertad de expresión y *sexual speech*
Ana Valero Heredia

El derecho a la libertad de creación artística y su singularidad
Marta Timón Herrero

ESTUDIOS

La Constitución, una asignatura pendiente
Ignacio Durbán Martín

Imágenes cinematográficas para una teoría del Derecho de inspiración sociológica
Jesús García Cívico

TEMAS DE HOY

Interpretación de la norma penal, principio de vigencia y crítica legislativa
Emiliano Borja Jiménez

Incluye acceso online al fondo completo de la revista

tirant lo blanch

ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DE ESTE NÚMERO DE LA REVISTA

Para acceder a la visualización Online de este número de la revista envíe un correo electrónico a atencionalcliente@tirantonline.com con la siguiente información:

– Código promocional oculto en esta página

– Título y número de la revista

A continuación recibirá un correo electrónico con las claves e instrucciones de acceso

Código Promocional

Rasque para visualizar

TEORÍA & DERECHO TAMBIÉN SE VE Y SE ESCUCHA

Descargando este código puede acceder a los vídeos grabados por sus autores

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

CONSULTE LOS NÚMEROS ANTERIORES DE LA REVISTA EN
teoriayderecho.tirant.com

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 32/2022
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Coordinadora)
María Luisa Cuerda
Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)
Fernando Flores Giménez
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)
Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)
Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España) (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)
Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México
José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional (México)
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED (España)
Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid (España)
Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (España)
Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia (España)
Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid (España)
Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)
Angelika Nußberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia
Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid (España)
Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia
Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España)
Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán
Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho
Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción
Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151
E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: http://teoriayderecho.tirant.com

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
ISSN (impreso): 1888-3443
ISSN (online): 2695-6594
Depósito legal: V - 2840 - 2007
Maqueta: Tink Factoría de Color

SUMARIO

DEBATE

Introducción. Interrogantes sobre la libertad de expresión a la altura de 2022 10
Jacobo Dopico Gómez-Aller

La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa 16
Miguel Ángel Presno Linera

Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión 44
Rafael Alcácer Guirao

El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos de renuncia al control material sobre el derecho a castigar) 68
María Luisa Cuerda Arnau

Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos 88
Joan Barata Mir

La censura «privada» de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión 108
Víctor J. Vázquez Alonso

La exposición a la diversidad de contenidos en las redes sociales: entre la regulación o la desagregación en la curación de contenidos 130
Maria Luisa Stasi

¿El estado como garante de la objetividad periodística? información y opiniones ante el tribunal europeo de derechos humanos (caso *ATV Zrt c. Hungría*) 166
Paulo Pinto de Albuquerque
Jacobo Dopico Gómez-Aller

Libertad de expresión y *sexual speech* 186
Ana Valero Heredia

El derecho a la libertad de creación artística y su singularidad 206
Marta Timón Herrero

ESTUDIOS

La Constitución, una asignatura pendiente 236
Ignacio Durbán Martín

Imágenes cinematográficas para una teoría del derecho de inspiración sociológica 260
Jesús García Cívico

TEMAS DE HOY

Interpretación de la norma penal, principio de vigencia y crítica legislativa 286
Emiliano Borja Jiménez

SUMMARY

DEBATE

Questions about freedom of expression at the height of 2022 10
Jacobo Dopico Gómez-Aller

The dissident's freedom of expression and its case law in the United States and Europe ... 16
Miguel Ángel Presno Linera

Glorification of terrorism, incitement to violence and climate of opinion 44
Rafael Alcácer Guirao

Deferential constitutional control in criminal matters (three examples of waiver of the substantive control over the right to punish) 68
María Luisa Cuerda Arnau

Freedom of expression, regulation and private moderation of contents 88
Joan Barata Mir

The «private» censorship of large digital corporations and the emerging system of freedom of expression 108
Víctor J. Vázquez Alonso

Diversity of exposure in social media markets: regulating or unbundling content curation 130
Maria Luisa Stasi

The state as the guarantor of journalistic objectivity? information and opinions before the european court of human rights (case *ATV Zrt vs. Hungary*) 166
Paulo Pinto de Albuquerque
Jacobo Dopico Gómez-Aller

Freedom of expression and *sexual speech* 186
Ana Valero Heredia

The right to freedom of artistic creation and its singularity 206
Marta Timón Herrero

STUDIES

The constitution, a pending subject 236
Ignacio Durbán Martín

Cinematographic images for a theory of law sociologically inspired 260
Jesús García Cívico

TODAY'S TOPICS

Interpretation of the criminal law, principle of effectiveness and legislative criticism 286
Emiliano Borja Jiménez

DEBATE

Introducción. Interrogantes sobre la libertad de expresión a la altura de 2022
Jacobo Dopico Gómez-Aller
La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa
Miguel Ángel Presno Linera
Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión
Rafael Alcácer Guirao
El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos de renuncia al control material sobre el derecho a castigar)
María Luisa Cuerda Arnau
Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos
Joan Barata Mir
La censura «privada» de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión
Víctor J. Vázquez Alonso
La exposición a la diversidad de contenidos en las redes sociales: entre la regulación o la desagregación en la curación de contenidos
Maria Luisa Stasi
¿El estado como garante de la objetividad periodística? información y opiniones ante el tribunal europeo de derechos humanos (caso ATV Zrt c. Hungría)
Paulo Pinto de Albuquerque
Jacobo Dopico Gómez-Aller
Libertad de expresión y sexual speech
Ana Valero Heredia
El derecho a la libertad de creación artística y su singularidad
Marta Timón Herrero

Introducción

INTERROGANTES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A LA ALTURA DE 2022

QUESTIONS ABOUT FREEDOM OF EXPRESSION AT THE HEIGHT OF 2022

Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

INTERROGANTES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A LA ALTURA DE 2022

Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático de Derecho penal
Universidad Carlos III de Madrid

1. A la altura de 2022 se nos plantean diversas facetas problemáticas de la libertad de expresión que requieren un análisis pausado desde sus fundamentos. Uno diría que, cuando hablamos de la primera de las libertades civiles y políticas, las cuestiones de fundamentos deberían estar claras desde hace muchas décadas. Sin embargo, recientes cambios sociales nos han revelado que en unas ocasiones esa *claridad* era provisional, en otras era limitada y en otras era simplemente aparente.

2. Desde principios de la década pasada, las figuras penales llamadas a reprimir discursos irritantes u odiosos parecen haber experimentado una segunda juventud. Como ha dicho algún autor, preceptos que dábamos por muertos han experimentado una llamativa resurrección —delitos contra los *sentimientos* religiosos, delitos de *ultraje* a la nación—. Otros más recientes han pasado a ser *material de doble uso*: así, el delito de incitación al odio o la discriminación ha pasado de ser una figura de lucha antidiscriminatoria a ser, además, un instrumento de represión de discursos odiosos por su contenido o incluso sátiras irreverentes. El delito de enaltecimiento del terrorismo, teóricamente creado para reprimir actos de revictimización, experimentó una metamorfosis similar.

Sobre estos temas, tres de los integrantes de la iniciativa *Libex.es*[*] nos proponen sendos brillantes análisis.

---

* *Libex.es* es un proyecto que busca poner a disposición de los operadores jurídicos claves para la interpretación de los principales delitos de expresión contra bienes jurídicos colectivos extraídas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Presno Linera aborda, como núcleo justificador de la libertad de expresión, la protección del discurso disidente en la jurisprudencia europea y constitucional. Son precisamente los casos de discurso disidente los que han servido para que la jurisprudencia norteamericana y europea desarrollase los estándares hoy vigentes en materia de protección de las libertades comunicativas. A partir de estos estándares, Presno destila una serie de claves interpretativas y hace una crítica a la pasividad de dos instituciones: la del Tribunal Constitucional al denegar el amparo en un caso tan clamoroso como el de la STC 192/2020 (ultrajes a la bandera), cuyos votos particulares revelan la profundidad de la fractura que produjo este caso en el tribunal; y la del legislador al no derogar unos preceptos cuyo único efecto real es la producción de violaciones de la libertad de expresión.

Por su parte, Alcácer Guirao entra de lleno en el estudio del que ha sido el *elefante en la habitación* de los límites penales a la libertad de expresión en España: el delito de enaltecimiento del terrorismo; y lo hace desde los estándares europeos e internacionales de protección de la libertad de expresión. El núcleo de la cuestión está en la legitimación material de esta figura y, concretamente, en si resulta posible sancionar penalmente la «contribución cumulativa a la creación de climas de opinión». La pregunta nos lleva a un debate antiguo: el del *test* mediante el cual se puede limitar la libertad de expresión en el discurso incendiario (en términos de la jurisprudencia norteamericana: *¿bad tendency test* o *Brandenburg test*), y cómo debe resolverse la cuestión a la luz de la Constitución española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Cuerda Arnau hace un análisis crítico de las últimas tendencias interpretativas del Tribunal Constitucional en esta materia en algunas de sus sentencias recientes más decepcionantes: la STC 177/2015, caso *Quema de fotos del rey* (que dio lugar a la condena a España, STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera*); la STC 192/2020 (caso *Hai que prenderlle lume á puta bandeira*) y la STC 133/2021 (caso *Aturem el Parlament*). La autora desarrolla una fundada critica al Tribunal Constitucional por la adopción de cánones de enjuiciamiento que llevan a «una abdicación misma de la jurisdicción constitucional» respecto de su papel protector de la libertad de expresión.

3. Todas estas importantes cuestiones, en realidad, no dejan de ser una particularidad hispana: un episodio de las tensiones interpretativas en los últimos años en la jurisprudencia española (cuyas causas sociales están, probablemente, aún necesitadas de un estudio sociológico-jurídico) que no ha ocurrido —o no con la misma intensidad— en otros países de nuestro entorno.

Sin embargo, hay interrogantes nuevos respecto de la libertad de expresión que surgen a raíz de cambios sociales a nivel planetario: en especial, al hilo de la evolución de las herramientas de comunicación en Internet y muy concretamente de las redes sociales. En este punto, llevamos más de una década adentrándonos en *terra ignota,* contemplando cómo las certezas se han diluido ante nuestros ojos y cómo las habituales herramientas normativas se han revelado inútiles.

4. Tres trabajos de este monográfico afrontan esta cuestión desde tres puntos de vista distintos. Barata i Mir lo hace analizando la complejidad de la gobernanza nacional e in-

ternacional de Internet, una complejidad derivada de la diversidad de foros y normativas aplicables y de la colindancia entre el objeto de regulación y las libertades comunicativas. A la luz de la normativa y jurisprudencia europea, así como de modelos regulatorios nacionales como el norteamericano y el alemán, Joan Barata se asoma a una de las cuestiones centrales: ¿se puede esperar de las plataformas de Internet a la vez *neutralidad* y *moderación de contenidos*?

Víctor Vázquez aborda también la así llamada «censura privada» realizada por las plataformas online (o, en ocasiones, realizada por otras instancias, pero *a través de* las plataformas *online*), pero para ello se remonta a plantear dos cuestiones previas. La primera es: ¿qué naturaleza tienen estos así llamados *intermediarios* de servicios de Internet? ¿Podemos mantener la romántica idea *libertaria* de que son intermediarios neutrales y sin responsabilidad, o están sujetos al desempeño de funciones de tipo público? La segunda es: ¿qué naturaleza tiene el ágora digital, ese nuevo elemento ya imprescindible para las democracias actuales? ¿Es puramente privada o tiene un carácter híbrido público-privado y, por ello, susceptible de regulación jurídico-pública? Desde estas dos tomas de posición, Vázquez responde a los interrogantes sobre la así llamada «censura privada», confrontando el modelo norteamericano y el reciente modelo europeo.

María Luisa Stasi se aproxima a otro de los problemas de las redes sociales desde una perspectiva totalmente distinta. Las plataformas *filtran* la información para nosotros, seleccionando aquella que menos nos perturba ideológicamente. Con ello, para potenciar su negocio, estas empresas hacen que proliferen millones de *cámaras de eco* donde el sujeto no llega a percibir sino una selección de voces, y se le priva de la exposición a otras ideas. Lo original del planteamiento de Stasi es que aborda esta particularidad como un *fallo del mercado*: la *curation* de contenidos en estos términos reduce la exposición de los ciudadanos a la pluralidad ideológica, y eso supone para las plataformas una *externalidad*: un daño social cuya responsabilidad no asume. Para revertir esa externalidad, Stasi propone dos vías: por una, la respuesta más clásica (imponer a las plataformas obligaciones de garantizar la diversidad); por otra, una respuesta por la vía del Derecho de la competencia: desagregar las actividades de *hospedaje* de redes sociales respecto de las de *moderación de contenidos*, de modo que haya un mercado de moderadores en el que las grandes plataformas puedan escoger a su moderador.

5. También en este *cruce de caminos* entre el Derecho regulatorio y las pautas autorregulatorias se mueve el artículo que cofirmamos Pinto de Albuquerque y yo. La separación entre hechos y opiniones es una regla deontológica básica en el periodismo, y sirve para reducir niveles de manipulación informativa y, con ello, garantizar la calidad de la información que llega al ciudadano. Pero ¿pueden los Estados imponer deberes jurídicos de separar hechos y opiniones? ¿Pueden sancionar su incumplimiento? El artículo analiza un interesante caso del que conoció recientemente el TEDH (*ATV Zrt c. Hungría*), así como el voto particular del propio Pinto de Albuquerque, que apunta a soluciones autorregulatorias, corregulatorias y de Derecho indicativo. Finalmente, contrastamos si esas pautas autorregulatorias y corregulatorias son compatibles con la reciente estrategia de la UE en materia de lucha contra la desinformación en redes.

6. Si hay una materia en la que la limitación y la represión de sus expresiones se remontan a sus propios orígenes, esa es la de las diversas manifestaciones relativas a la actividad sexual. Valero Heredia nos aproxima a la historia de la prohibición del *sexual speech* y al concepto de *obscenity* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano. Posteriormente, y usando la expresión de Garton-Ash, nos lleva a la *historia del tiempo presente*, y a cómo hoy asistimos a un resurgir de las propuestas de prohibición o limitación de la producción audiovisual sexual (principalmente, la pornografía) apelando a su posible efecto dañino sobre las mujeres, al promover fantasías de dominación que las cosifican. Ana Valero aborda con rigor este debate y lo somete a los mismos estándares que deben regir en relación con la protección de las libertades comunicativas.

7. Timón Herrero nos ofrece un estudio sobre ese pariente lejano de las libertades comunicativas, con frecuencia preterido: la libertad de comunicación artística, una libertad que desde hace años reclama un estatus autónomo —que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido en 2008— pero que todavía afronta serios problemas de delimitación. ¿Podemos definir la libertad artística si el propio concepto de arte resulta difícilmente definible? Marta Timón aborda la cuestión desde distintos enfoques en busca de un canon de enjuiciamiento constitucional específico atento a la especificidad de la expresión artística y a las particularidades de su comunicación en una sociedad digitalizada e hiperconectada.

8. Algunos de los trabajos aquí recogidos plantean soluciones en términos concretos y concisos. Otros marcan las líneas por donde debe continuar la investigación que conduzca a respuestas determinadas. Lo que todos ellos demuestran es que ni siquiera un derecho fundamental como la libertad de expresión, que fue objeto de tempranísimo conocimiento y que lleva en las constituciones occidentales desde sus mismos orígenes, es una materia cerrada y resuelta. Por el contrario, como pieza esencial de una sociedad libre, está abierta a incertidumbres y replanteamientos, y requiere de una reflexión jurídica y política constante. Los trabajos que aquí se presentan son un magnífico ejemplo de esta reflexión.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL DISIDENTE Y SU ARTICULACIÓN JURISPRUDENCIAL EN ESTADOS UNIDOS Y EN EUROPA

THE DISSIDENT'S FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS CASE LAW IN THE UNITED STATES AND EUROPE

Miguel Ángel Presno Linera[*]

Catedrático de Derecho constitucional
Universidad de Oviedo

RESUMEN

Es este trabajo se estudia el desarrollo, primero en Estados Unidos y después en Europa, de la inclusión de la exteriorización de opiniones o ideas —bien con palabras, bien con actos provocadores y desafiantes que cuestionan el orden establecido o algunas de las principales instituciones del Estado— como una de las facultades propias del derecho a la libertad de expresión,. Para hablar de la libertad de expresión del disidente se analizará la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se concluirá recordando al legislador y a los tribunales españoles que esa amplia garantía de la libertad de expresión está protegida por la Constitución y por los tratados sobre derechos humanos de los que España forma parte.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, libertad de expresión, disidencia, Tribunal Supremo de Estados Unidos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the development, first in the United States and then in Europe, of the inclusion, as part of the right to freedom of expression, of the opinions or ideas, either with words or provocative and challenging acts, which call into question the established order or some of the main institutions of the State. In order to do so, the case law of the Supreme Court of the United States and that of the European Court of Human Rights will be examined. Finally, the paper concludes with a reminder to the legislator and the Spanish courts that this broad guarantee of freedom of expression is protected by the Constitution and by the human rights treaties ratified by Spain.

KEY WORDS

Fundamental rights, freedom of speech, dissidence, Supreme Court of the United States, European Court of Human Rights.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.036

---

[*] Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: presnolinera@gmail.com. Orcid: 0000-0002-0033-6159. Blog: http://presnolinera.wordpress.com. Twitter: @PresnoLinera. Página académica: http://presnolinera.wix.com/presnolinera. Quisiera agradecer a las dos personas que han evaluado este trabajo sus valiosas sugerencias y comentarios.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL DISIDENTE Y SU ARTICULACIÓN JURISPRUDENCIAL EN ESTADOS UNIDOS Y EN EUROPA

Miguel Ángel Presno Linera
Catedrático de Derecho constitucional
Universidad de Oviedo

Sumario: 1. Presentación. 2. El desarrollo de la libertad de expresión del disidente en Estados Unidos: de la Sedition Act y el *bad tendency test* al *clear and present danger test*. 3. La exteriorización de la disidencia por medio de actos expresivos frente a símbolos nacionales de Estados Unidos. 4. ¿Un punto de inflexión en la jurisprudencia norteamericana en el contexto de la lucha contra el terrorismo? El asunto *Holder vs. Humanitarian Law Project*. 5. La libertad de expresión en Europa como derecho que, *prima facie*, ampara ideas que ofenden al Estado o a sus símbolos. 6. La exteriorización de la disidencia con actos expresivos contra estatuas, monumentos y lugares simbólicos en Europa. 7. Algunos recordatorios para el legislador y los tribunales españoles a propósito de la libertad de expresión del disidente. Notas. Bibliografía.

1. PRESENTACIÓN

En una sentencia *clásica* del Tribunal Supremo de Estados Unidos se afirmó con vigor «[…] el derecho […] a ser intelectualmente diferente o a discrepar, así como a no estar de acuerdo con lo que representa el orden establecido, […] incluyendo naturalmente las opiniones provocadoras o despreciativas» (asunto *Texas vs. Johnson*, de 21 de junio de 1989). Pues bien, de eso es de lo que hablaremos en las siguientes páginas: de la libertad para exteriorizar opiniones e ideas que, citando otra sentencia no menos *clásica*, en este caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puedan ofender, molestar o inquietar a la

mayoría social o desafiar a las instituciones más importantes del Estado (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 29 de abril de 1976).

La amplia protección que actualmente recibe la expresión de la disidencia política, social o cultural tanto en Estados Unidos como en la mayoría de los países que forman parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos es el fruto de un largo recorrido histórico que a ambos lados del Atlántico ha estado jalonado por avances normativos y, en buena medida, jurisprudenciales, pero que también ha experimentado no pocos retrocesos y que, desde luego, no puede considerarse totalmente consolidado, como hemos podido constatar en los últimos tiempos en España tras el dictado de algunas sentencias penales, avaladas por el Tribunal Constitucional, que han condenado a los acusados por haber realizado actos expresivos como quemar una foto del anterior jefe del Estado o instar a los participantes de una protesta laboral realizada ante una instalación militar a quemar «a puta bandeira».

Lo que aquí tratamos de sostener es que la libertad de expresión es tanto más valiosa cuanto más eficaz sea para oponerse de manera pacífica al orden establecido, conclusión a la que llegó el Tribunal Supremo norteamericano no sin antes pasar por episodios oscuros como los que supusieron varios de sus pronunciamientos recaídos después de que el país entrara en la Primera Guerra Mundial o en los primeros años de la Guerra Fría.

Por lo que respecta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los últimos años ha tenido que hacer frente a un número creciente de demandas contra países de mayor o menor tradición democrática (desde Francia a Turquía, pasando por España, Rusia —país que ha abandonado su jurisdicción en el momento de revisar estas páginas—, Ucrania, Bulgaria o Moldavia) que traen causa de las sanciones, mayoritariamente penales, pero también administrativas, impuestas a quienes, de manera satírica, cuando no provocadora y desafiante, pero también pacífica, han llevado a cabo actos de protesta contra los titulares de las más altas instituciones del Estado o ante monumentos y espacios públicos considerados de especial simbolismo político o vinculados —por motivos históricos, culturales o religiosos— a los sentimientos nacionales.

En este sentido, no está de más recordar la llamada del juez Holmes, que también experimentó su propio proceso de aceptación de la expresión de la disidencia, a estar «siempre vigilantes» para poner freno a quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas u opiniones que detestemos o que consideremos peligrosas.

2. EL DESARROLLO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL DISIENTE EN ESTADOS UNIDOS: DE LA SEDITION ACT Y EL *BAD TENDENCY TEST* AL *CLEAR AND PRESENT DANGER TEST*

Comencemos recordando una historia bien conocida: en el importantísimo asunto *New York Times Co. vs. United States*, de 30 de junio de 1971, el llamado caso de «los papeles del Pentágono», el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó una sentencia *per curiam* sobre la divulgación periodística de documentos relativos a la guerra de Vietnam que el Gobierno había declarado secretos y que fueron filtrados por un antiguo empleado

del Pentágono, Daniel Ellsberg. Los documentos empezaron a ser publicados por el *New York Times* y por el *Washington Post*, y el 15 de junio de 1971 el Gobierno solicitó en sede judicial que se prohibiese la divulgación de más extractos, dado que ello supondría un peligro grave e inminente contra la seguridad de los Estados Unidos.

Los tribunales inferiores dieron la razón al Gobierno en la petición contra el *Times*, pero no contra el *Post*; con una celeridad inusual, los casos llegaron al Tribunal Supremo, que también los tramitó con gran diligencia y declaró que todo sistema de censura previa tiene en su contra una robusta presunción de inconstitucionalidad, por lo que el Gobierno debe asumir la carga de probar la necesidad de esa censura. Como tal exigencia no fue cumplida por el ejecutivo, el Tribunal Supremo avaló el rechazo de la petición contra el *Post*, pero se pronunció en sentido contrario respecto a la petición contra el *Times*.

En la sentencia hay una mención expresa al precedente que supuso el asunto *Near vs. Minnesota*, de 1 de junio de 1931, el primer gran caso sobre la libertad de prensa en palabras de Anthony Lewis (1992: 90)[1], y los votos concurrentes incluyen afirmaciones rotundas sobre la cuestión que aquí nos ocupa: así, en el voto emitido por los jueces Black y Douglas se afirma que la protección de los secretos militares y diplomáticos en detrimento de la información sobre el Gobierno representativo no proporciona seguridad real a la República; por el contrario, y citando las palabras del *Chief Justice* Hughes en el caso *De Jonge vs. Oregon*, de 4 de enero de 1937, «[…] cuanto más importante resulta la protección de nuestra comunidad frente al llamamiento a derribar las instituciones por la fuerza y la violencia, resulta más imperativa la necesidad de preservar inviolados los derechos constitucionales a la libre expresión, la libertad de prensa y la libertad de reunión para así permitir la formación de una discusión política libre y ello para que el Gobierno sea responsable ante el pueblo […] Ahí residen la seguridad de la República y el fundamento mismo del orden constitucional […] en relación con las cuestiones públicas, el debate debe producirse sin inhibiciones, ser robusto y ampliamente abierto […]».

Como también es sabido, las cosas no siempre fueron así en los Estados Unidos; retrocediendo mucho en el tiempo, la aprobación de la Sedition Act el 14 de julio de 1798, en el contexto de una posible guerra contra Francia —Geoffrey Stone (2008: 207) habla de «cuasi guerra»— permitía la suspensión del derecho a la libre expresión cuando concurrieran circunstancias excepcionales[2], pues dicha ley partía de dos premisas: primera, que en momentos de inestabilidad política cualquier manifestación oral o escrita que cuestionase la política llevada a cabo por el Gobierno debía ser neutralizada para salvaguardar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones; segunda, que la crítica política debía ser considerada una traición y los discrepantes enemigos del Estado[3].

Con esta finalidad, la citada ley preveía multas y pena de prisión para quien llevara a cabo la redacción, impresión, declaración o publicación de cualquier escrito o escritos falsos, escandalosos o maliciosos contra el Gobierno, contra el Congreso o contra el presidente de los Estados Unidos con la intención de difamarlos, provocar el desacato a sus órdenes o su mala reputación, instigar contra ellos el odio del buen pueblo de los Estados Unidos, alentar la sedición en los Estados Unidos, promover asociaciones ilegales para oponerse a las leyes válidamente aprobadas o apoyar los planes de las potencias extranjeras contra los Estados Unidos[4].

Desde la expiración de la Sedition Act, en 1801, hasta que volvieron a surgir conflictos de ámbito federal en relación con la criminalización de conductas desafectas transcurrieron más de cien años. No obstante, como señala Arias Castaño (2018: 56)[5], este periodo de tranquilidad normativa no implicó la ausencia de disposiciones singulares en los estados para sancionar las críticas a instituciones como la esclavitud ni la inacción de las autoridades federales frente a los que, por ejemplo, demandaban soluciones no militares durante la Guerra de Secesión.

En todo caso, en los primeros años del siglo XX empezó a esbozarse el que posteriormente se denominaría *bad tendency test*, de acuerdo con el cual estaba justificada la sanción penal de ciertas expresiones por su capacidad potencial de generar determinado resultado; este criterio interpretativo puede encontrarse ya en los casos *Turner vs. Williams*, de 16 de mayo de 1904, y *Patterson vs. Colorado*, de 15 de abril de 1907.

En el primero de ellos se enjuició la deportación de un anarquista en virtud de la aplicación de la Alien Inmigration Act, de 1903. El Tribunal Supremo concluyó que los puntos de vista anarquistas era tan peligrosa para el interés general que la apología de los mismos por parte de los extranjeros podría producir efectos indeseables para la población norteamericana; por su parte, en el asunto *Patterson vs. Colorado*, la corte consideró que la publicación en un periódico de editoriales y caricaturas críticas con un tribunal por haber dictado determinada sentencia podía ser considerada como constitutiva del delito de desacato judicial, pues las expresiones enjuiciadas «[…] tienden a obstruir la Administración de Justicia».

Los conflictos jurídicos sobre el alcance de la libertad de expresión y el tipo de mensajes que podrían ser considerados delictivos se recrudecieron con ocasión de la entrada de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, y a ello contribuyó, sin duda, la aprobación de leyes *ad hoc* como la Espionage Act de 15 de julio de 1917 y, de nuevo, una Sedition Act, en este caso de 16 de mayo de 1918.

La primera de estas leyes sancionaba cualquier interferencia en las operaciones militares orientada a apoyar a los enemigos de los Estados Unidos durante la guerra; igualmente, castigaba la insubordinación militar y la obstaculización al reclutamiento[6]; la segunda amplió la Espionage Act con el fin de abarcar una gama más amplia de delitos; en particular, para sancionar los discursos y expresiones que cuestionaran las decisiones gubernamentales en relación con los esfuerzos bélicos[7].

La construcción jurisprudencial que se consolidó con ocasión de los asuntos planteados a raíz de la aplicación de estas normas no presupone la concurrencia de un nexo causal entre las expresiones y un efecto nocivo concreto; bastaba que del contenido del mensaje pudiera extraerse su idoneidad para producir esos resultados, al margen de que realmente dicha consecuencia fuera la pretendida en el asunto objeto de enjuiciamiento.

Así, el primer caso en el que se invocó la Primera Enmienda con ocasión de una condena impuesta a partir de la Ley de Espionaje fue en el famoso asunto *Schenck vs. United States*, de 3 de marzo de 1919, en el que el Tribunal Supremo avaló la constitucionalidad de la ley y, aunque Holmes, juez ponente, hizo referencia a la provocación de un peligro claro e inminente (*clear and present danger*), en realidad se argumentó a partir del *bad tendency*

test: si la ley colocaba en el mismo plano las palabras que se pronunciaban y el objetivo de las mismas, no había razón para afirmar que el acto —las palabras— solo era delictivo si alcanzaba los fines que perseguía.

En el posterior, y también muy conocido, caso *Abrams vs. United States*, de 10 de noviembre de 1919, la mayoría concluyó que debemos responder de los posibles efectos que provoquen nuestros actos, y en el asunto *Debs vs. United States*, de 10 de marzo de 1919, el magistrado ponente, el propio juez Holmes, argumentó, para avalar la constitucionalidad de la condena a diez años de prisión impuesta al líder del Partido Socialista, que sus manifestaciones sobre reclutamiento militar habían sido expresadas «[…] de manera tal que su efecto natural sería obstruir el reclutamiento».

Esta configuración está relacionada con el hecho de que en estos momentos conflictivos de finales de la segunda década del siglo XX no se consideró que la libertad de expresión ocupase una posición especialmente relevante en el funcionamiento del sistema democrático estadounidense.

En segundo lugar, el *bad tendency test* no operaba como un criterio jurisprudencial sobre la constitucionalidad de las leyes que limitaban la libertad de expresión, constitucionalidad que debía presumirse.

Finalmente, ese *test* se reforzaba a partir de una concepción militante de la democracia, aunque no recibiera ese nombre ni se construyera dogmáticamente como décadas después lo hizo la Ley Fundamental de Bonn de 1949: en el asunto *Schaefer vs. United States*, de 1 de marzo de 1920, el Tribunal Supremo concluyó que constituía un espectáculo curioso el hecho de que, como hacían los demandantes del caso, se invocara la libertad de expresión garantizada por la Constitución para justificar las actividades anarquistas y de los enemigos de Estados Unidos, utilizando así a la Constitución como ariete contra ella misma.

Acabamos de comentar que, en el asunto *Schenck vs. United States*, el juez Holmes, ponente de la sentencia, empleó ya la expresión *clear and present danger*, si bien no cabe concluir que ahí apareciera mínimamente esbozado el que luego sería el *test* del mismo nombre. Este principio hermenéutico empezó a tomar forma en el caso *Abrams*, donde Holmes, junto con Louis Brandeis, emitieron un voto discrepante que quebró la unanimidad de los casos precedentes.

No deja de ser llamativo que, también en este último caso, la mayoría del Tribunal Supremo, a través de la ponencia del juez Clark, considerase que los panfletos distribuidos por Jacob Abrams y otras cuatro personas, pasquines cuyo texto expresaba el rechazo al envío de tropas estadounidenses a Rusia y abogaba por una huelga general, habían generado un riesgo claro y actual. Lo cierto es que no se acreditó que esos panfletos generaran una amenaza real, pero, para la mayoría, el propósito de los mismos era provocar la desafección, la sedición, los disturbios y, en última instancia, la revolución.

Frente a esta argumentación, que no es sino una de las concreciones del *bad tendency test*, Holmes y Brandeis replicaron que únicamente un peligro actual e inminente, o el intento de crearlo, justificaría que el Congreso impusiera limitaciones a la libertad de expresión cuando no estuvieran en juego derechos de otras personas. Y es que, argumentaron, el Congreso no podía prohibir todas las expresiones de ideas dirigidas a cambiar la opinión

de la sociedad. Además, añadieron, no cabía pensar que la publicación clandestina de unos panfletos «estúpidos» representara por sí misma un peligro para la acción bélica del Gobierno, ni tan siquiera que pudiera perturbarla de alguna manera. En este sentido, Holmes describió los panfletos en los siguientes términos:

> «El primero de estos panfletos afirma que el silencio cobarde del presidente sobre la intervención en Rusia demuestra la hipocresía de la pandilla plutocrática de Washington. Insinúa que el militarismo alemán se unió con el capitalismo de los aliados para aplastar la Revolución rusa, prosigue diciendo que los tiranos del mundo luchan entre ellos hasta que divisan un enemigo común, el progreso de la clase obrera, y se unen para aplastarlo; y que ahora el militarismo y el capitalismo se han unido, aunque no abiertamente, para aplastar la Revolución rusa. Proclama que solo hay un enemigo común y que ese es el capitalismo; que es un crimen que los trabajadores americanos luchen contra los trabajadores rusos, y termina del siguiente modo: ¡Alzaos, trabajadores del mundo!, firmado Revolucionarios. En una nota añade: Es absurdo llamarnos proalemanes. Odiamos y despreciamos el militarismo alemán más de lo que lo hacéis vosotros, tiranos hipócritas. Tenemos más razones para denunciar el militarismo alemán que las que tiene el cobarde de la Casa Blanca».
>
> «El otro panfleto, encabezado con la expresión Trabajadores — Despertad, afirma con lenguaje injurioso que América junto con los aliados llevará sus soldados a Rusia para ayudar a los checoslovacos en su lucha contra los bolcheviques, y que esta vez los hipócritas no engañarán a los emigrantes rusos ni a los amigos de Rusia en América. Conmina a esos emigrantes a que escupan ahora en la cara de la falsa propaganda militar a través de la cual se ha motivado su solidaridad y colaboración con la guerra, y les dice que con el dinero que han prestado o van a prestar no solo se fabricarán balas para los alemanes sino también para los trabajadores soviéticos de Rusia, y añade trabajadores en las fábricas de munición, estáis produciendo balas, bayonetas, cañones, no solo para matar a los alemanes sino también para matar a vuestros más queridos, los mejores de entre vosotros, que están luchando en Rusia por la libertad. Luego apela a esos mismos emigrantes rusos para que no consientan la expedición inquisitorial y dice que la destrucción de la Revolución rusa es la razón política que inspira el desplazamiento de tropas a Rusia. El panfleto concluye exclamando ¡Trabajadores, nuestra respuesta a esta brutal intervención debe ser una huelga general!, y después de unas cuantas palabras sobre el espíritu de la Revolución, exhortaciones contra el miedo y algunas arengas usuales, termina diciendo: pobres de aquellos que se opongan al progreso. Viva la solidaridad. Los rebeldes»[8].

En su voto particular, Holmes plasmó de manera brillante su concepción de la libertad de expresión en un sistema democrático: «Cuando los hombres se dan cuenta de que el tiempo hace fracasar muchas de las creencias por las que lucharon, comienzan a pensar que […] al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas, que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que compita con ideas y pensamientos opuestos […] debemos estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte salvo que sea necesario controlarlas para así salvar a la nación […]».

Es sorprendente, no obstante, que Holmes comenzara su voto discrepante afirmando que no dudaba de la corrección constitucional de los casos precedentes (*Schenck*, *Frohweck* y *Debs*), en los que él mismo había actuado como ponente, pues parece claro que su punto de vista había cambiado, probablemente influido, como señala Rodríguez Montañés (2012: 163), por las múltiples críticas a la sentencia del caso *Debs* vertidas por profesores

y analistas, por la opinión que mantuvo el juez Lenard Hand en el asunto *Masses* y por el artículo titulado «Freedom of Speech in War Time» que Zechariah Chafee publicó en la *Harvard Law R*eview en el mismo año 1919[9].

A partir de los votos particulares formulados por Holmes y Brandeis, entre 1919 y 1927 se irá fraguando el *test* del peligro claro e inminente; uno de esos votos fue emitido en el caso *Gitlow vs. People of New York*, de 8 de junio de 1925, en el que, por vez primera, el Tribunal Supremo aplicó de manera conjunta las Enmiendas Primera y Decimocuarta, sentando el criterio de que la libertad de expresión era un derecho fundamental protegido por ambas disposiciones.

El *test* que debe aplicarse para evaluar la constitucionalidad de las expresiones que pretenden ser reprimidas exige la concurrencia de dos requisitos: que el peligro que entrañen las expresiones sea claro y que, además, sea inminente. En palabras del Tribunal Supremo, hay que plantearse si realmente existió un peligro claro, si ese peligro era inminente y si el mal temido era tan importante como para justificar la estricta medida adoptada por el Congreso (asunto *Whitney vs. California*, de 16 de mayo de 1927).

Por lo que respecta a la claridad, esta debe ser identificada con la probabilidad de que lo dicho pueda generar un daño; por tanto, las expresiones representan un peligro claro cuando hay una elevada probabilidad de que causen ese mal. Por su parte, la exigencia de que el peligro sea inminente hace referencia a la inmediatez entre la expresión y el resultado dañoso. Así, ya en el voto particular en el caso *Abrams* se dice que es preciso estar siempre vigilante frente a los intentos de controlar las opiniones que detestamos, e incluso que consideramos muy peligrosas, salvo que amenacen de manera tan inminente con una interferencia inmediata en los legítimos y urgentes propósitos del Derecho que sea necesario controlarlos de inmediato para así salvar a la nación. Finalmente, es necesario que ese peligro claro e inminente implique el riesgo de una lesión grave para la sociedad; en *Abrams*, como acabamos de ver, se habla de «salvar a la nación».

En la concepción de Holmes, el *test* del peligro claro e inminente es un instrumento puesto al servicio del libre intercambio de las ideas que permite conocer la verdad —entendida en un sentido relativo y con una buena dosis de escepticismo— mediante ese flujo y confrontación de opiniones. Asimismo, y de acuerdo con Brandeis, dicho *test* constituye un apoyo para la configuración democrática del Estado y la protección de las minorías.

Sin embargo, no en todas las ocasiones en las que fue invocada ulteriormente esta doctrina el resultado final fue el que cabía anticipar del recto entendimiento de la misma; así, en el caso *Dennis vs. United States*, de 4 de junio de 1951, el Tribunal Supremo avaló la condena de 11 militantes del Partido Comunista por conspiración para defender el derrocamiento del Gobierno: ese peligro era, ciertamente, improbable pero la reacción punitiva del Estado se justificó mediante la apelación a la extraordinaria gravedad de la amenaza.

Otro momento histórico en la jurisprudencia norteamericana se produjo bastantes años después, con ocasión del trascendental caso *New York Times Co. vs. Sullivan*, de 9 de marzo de 1964, del que fue ponente el juez Willian Brennan. Además de apelar al *tribunal de la historia* para descalificar la Sedition Act de 1798, en relación con la supuesta voluntad del

famoso rotativo de difamar y hacer daño, la sentencia afirma que «[…] los debates que tengan por objeto cuestiones públicas deberían realizarse sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta, asumiendo, obviamente, que ello puede incluir ataques vehementes, cáusticos y, en ocasiones, desagradables contra el Gobierno y los empleados públicos» y, citando a Madison, añade que «[…] es el pueblo el que puede censurar al Gobierno y no el Gobierno quien puede censurar al pueblo».

La citada ley no fue objeto de un juicio de constitucionalidad directo por parte del Tribunal Supremo, si bien este concluyó que fue el tribunal de la historia el que había emitido el dictamen sobre su validez. Las cantidades pagadas por las multas impuestas al amparo de esa norma fueron devueltas por mandato de otra Ley del Congreso, precisamente porque se consideró que la Ley de Sedición era inconstitucional. Calhoun, ponente en el Senado en 1836 de la ley que reintegró las multas, afirmó que su invalidez constituía una cuestión sobre la cual «nadie duda hoy». El presidente Jefferson amnistió a los condenados por la aplicación dicha ley y revocó las sanciones, declarando lo siguiente: «He amnistiado a todos los que habían sido condenados o perseguidos por aplicación de la Ley de Sedición porque he considerado y aún hoy considero, que dicha ley está viciada de nulidad, nulidad tan absoluta y palpable como lo sería una ley en la que el Congreso nos ordenase arrodillarnos y adorar una imagen de oro».

3. LA EXTERIORIZACIÓN DE LA DISIDENCIA POR MEDIO DE ACTOS EXPRESIVOS FRENTE A SÍMBOLOS NACIONALES DE ESTADOS UNIDOS

Es bien conocido que las ideas y opiniones pueden expresarse de diversas formas, no solo con palabras; una de ellas es la realización de ciertas conductas simbólicas de las que nos ocuparemos en las líneas siguientes. El propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos admitió la existencia de comportamientos que, aunque no se expresen con palabras ni se plasmen por escrito, contienen elementos comunicativos suficientes para considerarlos manifestaciones encuadrables en las Enmiendas Primera y Decimocuarta; así, en el asunto *United States vs. O'Brien*, de 27 de mayo de 1968, se enjuició la sanción impuesta a un exsoldado por haber quemado públicamente su cartilla militar.

Pero es que el propio Tribunal Supremo ya había declarado inconstitucional, el 18 de mayo de 1931, una ley estatal californiana que prohibía enarbolar banderas comunistas (asunto *Stromberg vs. California*); según el juez Hughes, ponente de la sentencia, esa disposición vulneraba conjuntamente las Enmiendas Primera y Decimocuarta, y atentaba, por tanto, contra la libertad de expresión.

En esa misma línea, en 1943 el Tribunal Supremo declaró —con ponencia del juez Jackson— que «[…] el simbolismo es una forma primitiva pero efectiva de comunicar ideas y el empleo de una bandera o un emblema representa un sistema político, una idea, una institución […] y es una forma abreviada de comunicarse entre las personas. Y a estos

símbolos suelen asociarse una serie de conductas como muestra de respeto o aceptación: saludos, inclinación de cabeza, descubrirse la cabeza […]» (asunto *West Virgina State Board of Education vs. Barnette*, de 14 de junio de 1943).

En este asunto se enjuició la constitucionalidad de la expulsión de escolares pertenecientes a los testigos de Jehová que se negaban a saludar a la bandera en los centros educativos. Aplicando la doctrina del *clear and present danger*, el Tribunal Supremo concluyó que no se había acreditado que esa actitud durante el izado de la bandera supusiera un peligro claro e inminente de un mal grave. Profundizando en la protección de la libertad de expresión, añadió que, si hay alguna estrella inamovible en la constelación constitucional norteamericana, es que ninguna autoridad o poder público, sea cual fuere su jerarquía, puede prescribir lo que es ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de opinión. En consecuencia, la corte determinó que la imposición del deber de saludo y de fidelidad a la bandera iba más allá de lo permitido por la Constitución y vulneraba la Primera Enmienda.

Esta interpretación amplia del alcance de la libertad de expresión fue también aplicada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el famoso asunto *Texas vs. Johnson*, de 21 de junio de 1989: durante la Convención del Partido Republicano celebrada en Dallas (Texas) en el año 1984, que proclamó como candidato a la reelección presidencial a Ronald Reagan, se celebraron varias manifestaciones contra su actuación política; en una de ellas, Gregory Lee Johnson quemó una bandera de los Estados Unidos como forma de protesta. Johnson fue denunciado, juzgado y condenado a un año de cárcel y a pagar 2000 dólares por un delito de ultraje a la bandera, ilícito tipificado en el Código Penal de Texas; el recurso de apelación fue estimado por el Tribunal del Quinto Circuito, que apreció que esa conducta era una forma de ejercicio de la libertad de expresión; el estado de Texas recurrió ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos.

Y este Tribunal, con ponencia del juez Brennan, recordó el carácter expresivo no solo de las palabras sino de ciertas conductas: llevar brazaletes negros contra la guerra de Vietnam, realizar una sentada de personas negras en una zona reservada a blancos, usar de forma satírica uniformes militares para protestar contra la guerra, negarse a saludar la bandera, etc., conductas, todas ellas, protegidas por la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo recordó enfáticamente el enorme valor de la bandera en un país como Estados Unidos, enseña que «[…] simboliza esta nación tanto como las letras que componen la palabra América». Debe subrayarse, además, que en este pronunciamiento volvió a mencionarse la importancia del contexto a efectos de enjuiciar una conducta, y que la corte recordó la necesidad de tener en cuenta, a través de un examen muy minucioso, las circunstancias reales en las que fue vertida tal o cual expresión.

Para el Tribunal Supremo, «[…] si hay una idea o principio fundamental que cimienta la Primera Enmienda es que el Gobierno no puede prohibir válidamente la expresión o difusión de una idea solo porque la sociedad la considera ofensiva desagradable […] Ni siquiera cuando la bandera nacional estaba en cuestión hemos admitido excepciones a este principio […] La interpretación que el Estado de Texas da a la conducta del señor Johnson no tiene en cuenta lo esencial de nuestra jurisprudencia: el Gobierno no puede prohibir

válidamente a una persona ejercer su derecho a la libre expresión únicamente porque no está de acuerdo con su contenido y ello no depende de la manera concreta que se ha elegido para manifestar o transmitir el mensaje».

En respuesta a esta resolución judicial, el Congreso tramitó y aprobó una ley federal, la Flag Protection Act, de 1989, pero el Tribunal Supremo la declaro inconstitucional por las mismas razones que en el caso anterior —y con la misma mayoría— en el asunto *United States vs. Eichman*, de 11 de junio de 1990.

4. ¿UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA EN EL CONTEXTO DE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO? EL ASUNTO *HOLDER VS. HUMANITARIAN LAW PROJECT*

Es de sobra conocido el impacto político, social y jurídico que tuvieron los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos; no era la primera vez que se producía en suelo norteamericano un gravísimo ataque, aunque no de la misma magnitud: baste recordar el atentado perpetrado por Timothy McVeigh y Terry Nichols contra el edificio federal Alfred P. Murrah en la ciudad de Oklahoma City el 19 de abril de 1995, que ocasionó la muerte a 168 personas y heridas a 680. Precisamente, tras la comisión de este último atentado, se aprobó por el Congreso la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, firmada por el presidente Bill Clinton el 24 de abril de 1996, que, entre otras cosas, tipificó como delito proveer soporte material a organizaciones extranjeras que hubieran sido catalogadas como terroristas por la Secretaría de Estado. Como recuerda David Cole (2012: 151), el concepto de «provisión de soporte material» incluye, además de bienes y cosas tangibles, todo servicio, asesoramiento experto o asistencia… aspectos que pueden ser aplicados al discurso expresivo.

La reacción legislativa tras los atentados del 11 de septiembre fue mucho más intensa y se concretó en la USA Patriot Act, acrónimo de Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, aprobada el 26 de octubre de 2001, un mes y medio después del atentado, ley que, como una suerte de código antiterrorista, ha estado en vigor —tras una reforma introducida el 9 de marzo de 2006— hasta el 31 de mayo de 2015, y que fue reemplazada por la USA Freedom Act, acrónimo de Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ending Eavesdropping, Dragnet-collection and Online Monitoring Act, de 2 de junio de ese mismo año.

El menoscabo generado por la USA Patriot Act en algunos derechos constitucionalmente protegidos como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos no se extendió, al menos de manera directa, a la libertad de expresión[10]. Así, Geoffrey Stone (2004: 551) señaló que, a diferencia de otros momentos críticos en la historia de los Estados Unidos, tras el 11-S no se llevaron a cabo investigaciones criminales por criticar

las políticas gubernamentales contra el terrorismo ni se encarceló a persona alguna por discrepar de esa «guerra».

No obstante, el propio Stone matizó que ningún cambio legislativo o cultural es irrevocable y que no existen garantías de que el Gobierno no pretenda perseguir a los que cuestionan esas políticas o, lo que resulta más importante por lo que luego veremos, que los tribunales no aspiren a orillar el criterio establecido por el Tribunal Supremo en el asunto *Brandenburg vs. Ohio*, de 9 de junio de 1969, en el que sostuvo que la libertad de expresión impide sancionar la apología del uso de la fuerza salvo si esa defensa está orientada a incitar o causar una acción ilegal inminente o si es probable que incite o produzca dicha acción.

Pues bien, parece que los temores de Stone se materializaron 6 años después de la publicación de la sentencia del caso *Holder vs. Humanitarian Law Project*, de 21 de junio de 2010, en la que el Tribunal Supremo, por mayoría de 6 a 3 y con ponencia del *Chief Justice* Roberts, admitió la constitucionalidad de una previsión de 1994 —modificada por la USA Patriot Act— relativa al carácter delictivo de todo aquel discurso que consista en un asesoramiento a una organización terrorista extranjera basado en un conocimiento científico, técnico o especializado.

El Supremo validó así la norma que reprime el mero asesoramiento —que, en el caso, además, era un asesoramiento por cauces pacíficos relacionado con el Derecho internacional y la ayuda humanitaria—, al entender que no se está castigando el mero discurso político, sino una forma de colaboración con el delito, y que prevalece el interés superior de la defensa de la seguridad nacional y la lucha contra el terrorismo internacional[11].

El Tribunal Supremo argumentó que, por una parte, ese apoyo permite que la organización terrorista pueda dedicar esos recursos que se ahorra a finalidades delictivas; por otra, sostuvo que ese discurso contribuye a la legitimación del grupo terrorista y, con ella, al reclutamiento de nuevos miembros y el acopio de fondos.

Las voces críticas con esta sentencia apuntaron que la cuestión a dilucidar era su efecto en la Primera Enmienda y, más específicamente, plantearon si suponía el principio de la demolición de la estructura garantista de la libertad de expresión en relación con actividades violentas articulada, sobre todo, en el antes mencionado asunto *Brandenburg vs. Ohio*: no puede ser criminalizado el discurso que defienda una conducta delictiva salvo que pueda demostrarse que esa defensa está orientada a incitar o causar una acción ilegal inminente o que es probable que incite o produzca dicha acción. Y es que en el asunto *Holder* el Tribunal Supremo sí admite la criminalización de expresiones que no defienden ni promueven delito alguno.

En palabras de David Cole (2012: 166), la sentencia distingue el discurso que se realiza de forma *independiente* de la organización terrorista —que no está criminalizado— y el que está *coordinado* con dicha entidad —que sí es perseguible—. Cole objeta que el primero puede dotar de mayor legitimidad a la organización precisamente porque se presenta como independiente y que no parece que existan razones fundadas para presumir que el segundo discurso puede aportar más beneficios sustanciales que el primero, sin olvidar que todo discurso es, en principio, relacional y que, en principio, la identidad del interlocutor

no reduce el ámbito de protección otorgado al discurso. Para Owen Fiss (2013: 26), si se trata de evaluar o sopesar el peligro social que genera el discurso, no hay razón alguna para distinguir entre defensa política independiente y coordinada; ambas presentan el mismo peligro para la sociedad.

Por otra parte, tampoco se entiende que pretenda limitarse la protección de las expresiones en función de la existencia —o no— de un interlocutor extranjero, pues la Primera Enmienda protege la recepción de comunicaciones desde el extranjero y el intercambio de ideas con nacionales de otros países, como así declaró el propio Tribunal Supremo en los asuntos *Lamont vs. Postmaster General*, de 24 de mayo de 1965, y *Kleindienst vs. Mandel,* de 29 de junio de 1972. David Cole (2012: 170) lo expresa gráficamente cuando afirma que la Primera Enmienda protege el derecho a leer tanto *The Guardian* como *The New York Times*, igual que garantiza tanto el derecho a acceder a páginas web alojadas en un país lejano como entregar una octavilla al vecino en la esquina de la calle.

En un tono pesimista sobre el futuro de la libertad de expresión en Estados Unidos, Owen Fiss (2013: 30) concluyó que la prohibición de la defensa política de organizaciones terroristas extranjeras, avalada por el Supremo, pronto se convertirá en una característica permanente de la vida cotidiana en los Estados Unidos y que incluso podría extenderse a esferas ajenas a la lucha contra el terrorismo, alterando de esa manera la propia arquitectura de la Primera Enmienda.

5. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EUROPA COMO DERECHO QUE, *PRIMA FACIE*, AMPARA IDEAS QUE OFENDEN AL ESTADO O A SUS SÍMBOLOS

Como es sabido, desde el famoso asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 29 de abril de 1976, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha sostenido de manera constante que el derecho reconocido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) no solo ampara «[…] las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una sociedad democrática. Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al objetivo legítimo que se persigue» (ap. 49).

Y es que cuando el objeto de la crítica es el gobierno, el espacio permisible para la crítica, aún acerba e hiriente, e incluso falsa —si no hay mala fe—, es especialmente amplio (asunto *Castells c. España*, de 23 abril 1992, ap. 46); no en vano, la libertad de expresión alcanza una protección especial cuando se ejerce en el marco del debate político.

Resulta especialmente relevante lo declarado por el TEDH en la sentencia del caso *Otegui Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, que, además, resume la jurispru-

dencia anterior en la materia. Es este asunto, el TEDH consideró contrarias al CEDH las condenas de los tribunales españoles al demandante por haber pronunciado, entre otras, las siguientes palabras en una conferencia de prensa: «[…] el rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia».

El TEDH estimó que el hecho de que el rey asuma una posición neutral en el debate político, es decir, de árbitro y símbolo de la unidad del Estado español, no lo pone al abrigo de todas las críticas relativas al ejercicio de sus funciones oficiales —o, como en el presente caso, a su condición de representante del Estado, al que simboliza— formuladas por aquellos que se oponen legítimamente a las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluida la forma monárquica. El TEDH subrayó asimismo que es precisamente en el momento en que se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido cuando más preciosa es la libertad de expresión. Asimismo, estimó que el hecho de que la persona del rey no esté sujeta a responsabilidad en virtud de la Constitución española, concretamente en el ámbito penal, no impide por sí solo el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la jefatura del Estado, dentro de los límites del respeto de su reputación como persona (ap. 56).

A este respecto, cabe plantear hasta dónde llega el espacio para la crítica acerba y satírica de los ciudadanos respectos a los cargos políticos e institucionales. El TEDH abordó la cuestión en el asunto *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013, donde revisó la condena impuesta por los tribunales franceses a un ciudadano que enarboló un pequeño cartel con la expresión «Casse toi pov'con» (lárgate, pobre gilipollas) al paso de la comitiva del presidente Sarkozy, expresión que anteriormente había empleado el propio Sarkozy para dirigirse a un agricultor que se había negado a darle la mano.

El TEDH consideró que la expresión debía analizarse a la luz del conjunto del caso y, en particular, de la condición de su destinatario, del demandante, de su forma de expresarse y del contexto de repetición en el que se hizo, y recordó su conocida doctrina de acuerdo con la cual los límites de la crítica aceptable son más amplios para un político, considerado en esta condición, que para un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente al control de sus acciones tanto por los periodistas como por la ciudadanía en general. Por lo tanto, debe mostrar una mayor tolerancia.

En fechas más recientes y en un asunto en el que el Estado demandado era, de nuevo, España (*Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 18 de marzo de 2018), el TEDH enjuició si la quema pública de una foto del anterior jefe del Estado y su esposa era un acto amparado por la libertad de expresión[12]. En primer lugar, apuntó que el acto reprochado a los demandantes se enmarcaba en el ámbito de la crítica política, no personal, de la institución de la monarquía en general y, en particular, del Reino de España como nación. Esta conclusión se manifestó claramente al examinar el contexto en el que tuvo lugar la conducta objeto del litigio: a diferencia de lo que resolvió la mayoría del Tribunal Constitucional español (TC en adelante) en la STC 177/2015, de 22 de julio, el TEDH entendió que la «controvertida puesta en escena se enmarcaba en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés público, a saber, la independencia de Cataluña, la forma mo-

nárquica del Estado y la crítica al rey como símbolo de la nación española. Todos estos elementos permiten concluir que no se trataba de un ataque personal dirigido contra el rey de España, que tuviera como objeto menospreciar y vilipendiar a la persona de este último, sino de una crítica a lo que el rey representa, como jefe y símbolo del aparato estatal […]» (ap. 37).

En segundo lugar, y respecto a la quema de la foto de los reyes, el TEDH también rechazó las conclusiones del TC y consideró que fue una conducta expresiva con «[…] una relación clara y evidente con la crítica política concreta expresada por los demandantes, que se dirigía al Estado español y su forma monárquica: la efigie del rey de España es el símbolo del rey como jefe del aparato estatal, como lo muestra el hecho de que se reproduce en las monedas y en los sellos, o situada en los lugares emblemáticos de las instituciones públicas; el recurso al fuego y la colocación de la fotografía boca abajo expresan un rechazo o una negación radical, y estos dos medios se explican como manifestación de una crítica de orden político u otro; el tamaño de la fotografía parecía dirigida a asegurar la visibilidad del acto en cuestión, que tuvo lugar en una plaza pública. En las circunstancias del caso, el TEDH observa que el acto que se reprocha a los demandantes se enmarcaba en el ámbito de una de estas puestas en escena provocadoras que se utilizan cada vez más para llamar la atención de los medios de comunicación y que, a sus ojos, no van más allá de un recurso a una cierta dosis de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico desde la perspectiva de la libertad de expresión» (ap. 38).

En tercer lugar, el TEDH analizó la cuestión de si en los hechos del caso hubo incitación a la violencia y concluyó que no fue así: «[…] un acto de este tipo debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta. La puesta en escena orquestada por los ahora demandantes, aunque haya llevado a quemar una imagen, es una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público; a saber, la institución de la monarquía […]» y dicho acto no fue «acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. Los incidentes que se habrían producido algunos días más tarde en el marco de unos actos de protesta contra la inculpación de los dos demandantes, a los que se refiere el Gobierno, en nada cambian esta conclusión» (aps. 39 y 40).

Finalmente, el TEDH también rechazó que se tratara de un caso de *discurso de odio*, término que, entiende, «[…] abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia». La inclusión en ese tipo de discurso de un acto que es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución comportaría «[…] una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH —lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática—» (ap. 41).

En esta misma línea, cabe mencionar el reciente asunto *Dickinson c. Turquía*, de 2 de febrero de 2021, que trae causa de unos hechos ocurridos en el año 2006: el demandante participó en actos en los que expuso un *collage* en el que aparecía la cara del entonces primer ministro, Recep Tayyip Erdoğan, pegada al cuerpo de un perro sujeto con una correa

decorada con los colores de la bandera estadounidense. El *collage* incluía la frase «No seremos el perro de Bush» en clara alusión al apoyo turco a la ocupación militar de Irak. El señor Dickinson estuvo en prisión preventiva durante tres días y fue procesado por insultar al primer ministro, previsión contenida en el artículo 125 del Código Penal turco. Tras sucesivas actuaciones judiciales, fue condenado a pagar 3043 euros, sanción que quedó en suspenso durante cinco años condicionada a la no comisión de un nuevo delito doloso.

El TEDH sostiene, con cita, entre otras, de la sentencia del caso *Mătăsaru c. Moldavia*, de 15 de enero de 2019, al que nos referiremos más adelante, que el demandante pretendía formular una crítica política destinada, entre otras cosas, al primer ministro turco por sus decisiones políticas en el escenario internacional relativas, en particular, a las actividades del ejército estadounidense en Irak y que eso la insertaba en un debate de interés general relacionado con la política exterior del país, lo que deja poco margen para las restricciones a la libertad de expresión.

Para el TEDH (ap. 55, con cita del mencionado caso *Eon c. Francia*), teniendo en cuenta el tema, el contexto de su exposición pública y su base fáctica (descrita anteriormente), así como el contenido agitador y un tanto ofensivo del *collage*, no puede considerarse que la obra del demandante fuera gratuitamente insultante en el marco del debate público en el que tuvo lugar.

En cuanto a la sanción impuesta al señor Dickinson (ap. 56), el TEDH consideró que, si bien es totalmente legítimo que las personas que representan a las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones obliga a aquellas autoridades a ejercer con moderación los procesos penales. Además, aunque se suspendiera la ejecución de la sentencia condenatoria del demandante y se anulara definitivamente esta sentencia, con todas las consecuencias que de ello se derivarían, al final del período de suspensión de cinco años, su mantenimiento durante un período considerable de tiempo generó un efecto disuasorio sobre la voluntad de la persona en cuestión de expresarse sobre asuntos relacionados con el interés público (ap. 58).

6. LA EXTERIORIZACIÓN DE LA DISIDENCIA CON ACTOS EXPRESIVOS CONTRA ESTATUAS, MONUMENTOS Y LUGARES SIMBÓLICOS EN EUROPA

Al TEDH han llegado numerosas demandas que tenían en común la aplicación de una previa sanción penal o administrativa a ciudadanos de diferentes Estados miembros del CEDH por haber llevado a cabo distintas protestas consistentes en actos dirigidos contra estatuas, monumentos y lugares dotados de especial simbolismo político o institucional o vinculados con los sentimientos nacionales en términos históricos, culturales o religiosos; así, cabe recordar algunos hechos como la exposición pública de ropa sucia durante un breve periodo cerca del Parlamento para reflejar los «trapos sucios de la nación» (asunto *Tatár y Fáber c. Hungría*, de 12 de junio de 2012), verter pintura sobre estatuas del *padre*

de la patria Kemal Ataturk (caso *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014), retirar una cinta de una corona que había sido colocada por el presidente de Ucrania en un monumento a un famoso poeta nacional el Día de la Independencia (asunto *Shvydka c. Ucrania*, de 30 de octubre de 2014), freír huevos sobre la Llama Eterna en la Tumba del Soldado Desconocido de Kiev (asunto *Sinkova c. Ucrania*, de 2 de julio de 2018), interpretar canciones de protesta en la catedral de Moscú (caso *Mariya Alekhina y otras (Pussy Riot) c. Rusia*, de 17 de julio de 2018), instalar esculturas obscenas en las escaleras de la Fiscalía General del Estado (asunto *Mătăsaru c. República de Moldavia*), de 15 de enero de 2019), colocar accesorios de Santa Claus en la estatua de un líder comunista como un gesto simbólico en el contexto de unas protestas políticas de ámbito nacional (caso *Handzhiyski c. Bulgaria*, de 6 de abril de 2021), o, con el mismo demandante que en el caso citado más arriba, escenificar una defecación ante la sede de la Fiscalía Anticorrupción de Moldavia (asunto *Mătăsaru c. República de Moldavia*, de 30 noviembre 2021).

Pues bien, con carácter general el TEDH ha venido amparando estos actos expresivos como conductas protegidas por el artículo 10 del CEDH, especial, aunque no únicamente, porque en varios de esos casos se había impuesto una sanción penal. A nuestro juicio, lo relevante es analizar no solo el tipo de sanción, sino el acto en sí y la respuesta al mismo en una sociedad democrática, y eso es lo que ha ocurrido en el mencionado asunto *Handzhiyski c. Bulgaria*[13], que, como se ha apuntado, trae causa de la sanción administrativa por vandalismo leve impuesta a quien había colocado en la estatua de un antiguo líder político fundador del partido que proporcionaba el principal apoyo parlamentario al gobierno en el poder, monumento que ya había sido pintado de rojo y blanco y ataviado con una gorra roja de Santa Claus en su cabeza y un saco rojo a sus pies en cuya banda blanca podía leerse la palabra «renuncia».

Como ya se ha apuntado, lo característico de este asunto respecto a lo demás casos arriba citados es que se impuso una sanción leve de tipo administrativo, no penal, consistente en una multa equivalente a 51 euros, que el demandante pudo pagar casi de inmediato y sin ninguna dificultad aparente.

En la sentencia, el TEDH pone de relieve (ap. 53) que los monumentos públicos forman parte del patrimonio cultural de una sociedad y que, por ello, las medidas, incluidas las sanciones proporcionales, destinadas a disuadir los actos que pueden destruirlos o dañar su apariencia física pueden considerarse «[…] necesarias en una sociedad democrática», por legítimos que sean los motivos que puedan haber inspirado tales actos. En una sociedad democrática constituida como un Estado de Derecho —regida, por tanto, por el imperio de la ley—, los debates sobre el destino de un monumento público deben resolverse a través de los canales legales apropiados en lugar de mediante actos encubiertos o violentos. No obstante, en el caso en cuestión el demandante no incurrió en forma alguna de violencia ni dañó el monumento: simplemente colocó una gorra en su cabeza y un saco a sus pies, que fueron retirados por los trabajadores municipales poco después. Ni en el itinerario jurisdiccional nacional ni en el procedimiento ante el TEDH quedó acreditado que el demandante hubiera coordinado de alguna manera sus acciones con las personas no identificadas que

anteriormente habían pintado la estatua del señor Blagoev en rojo y blanco y escrito las palabras «Padre Frost» en su zócalo.

El TEDH matizó (ap. 55) que, si se trata de actos capaces de profanar un monumento pero que no lo dañan, la respuesta a la cuestión de si en una sociedad democrática puede ser necesario imponer sanciones reclama algunos matices. En tales situaciones, la naturaleza precisa del acto, la intención de los autores y el mensaje que se busca transmitir no son cuestiones irrelevantes; adicionalmente, también deberán ser tenidos en cuenta el significado social del monumento en cuestión, los valores o ideas que simboliza y el grado de veneración que goza en la comunidad respectiva.

En el caso de autos, la mayoría del TEDH consideró que el contexto sugiere claramente que la intención subyacente al acto del demandante era protestar contra el gobierno de turno y el partido político que lo apoyaba en el marco de una protesta nacional prolongada contra dicho gobierno —en lugar de condenar el papel histórico del señor Blagoev, a quien se homenajeaba con la estatua, o expresar desprecio hacia él—; el demandante se limitó a utilizar el monumento como símbolo del partido político al que deseaba criticar. Por lo tanto, difícilmente se puede afirmar que su acto estaba destinado a mostrar desdén por valores sociales profundamente arraigados.

El TEDH concluyó que se podía aceptar que el gesto simbólico del demandante fue hiriente para algunas de las personas que lo presenciaron directamente o que se enteraron de su acción a través de los medios de comunicación; sin embargo, aplicando una reiterada y ya mencionada jurisprudencia, declaró que la libertad de expresión no solo tutela las informaciones o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o poco relevantes, sino también aquellas que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población.

Contra la sentencia formuló voto disidente el juez Vehabović, que consideró contradictoria la argumentación de la mayoría con lo dicho por el TEDH en el caso *Sinkova c. Ucrania*[14], también citado anteriormente. No le faltaba razón al voto disidente porque en el asunto *Sinkova* no se consideró vulnerado el artículo 10 del CEDH por la condena a la demandante a tres años de prisión, suspendida durante dos años, por haber participado en una protesta «[…] contra el despilfarro de gas natural por parte del Estado mientras se hace la vista gorda ante el mal nivel de vida de los veteranos», protesta consistente en freír huevos y salchichas sobre la Llama Eterna de la Tumba del Soldado Desconocido en Kiev y luego divulgar un vídeo con la grabación de lo sucedido.

Pues bien, según el TEDH la demandante fue condenada por freír huevos sobre la Llama Eterna, acto que los tribunales nacionales consideraron equivalente a la profanación de la Tumba del Soldado Desconocido, un delito tipificado en el Código Penal de Ucrania. La acusación formulada contra ella no se refería ni a la posterior distribución del vídeo ni al contenido sarcástico y provocador del texto que acompañaba al vídeo. La sentencia añadió que hubo muchas oportunidades adecuadas para que la señora Sinkova expresara sus opiniones o participara en protestas genuinas con respecto a la política del Estado sobre el uso del gas natural o la respuesta a las necesidades de los veteranos de guerra, sin necesidad vio-

lar la ley penal y sin insultar la memoria de los soldados que perecieron y los sentimientos de los veteranos, cuyos derechos aparentemente tenía la intención de defender. El TEDH señaló también que la demandante en el presente asunto fue condenada en suspenso y no cumplió ni un solo día de la pena, por lo que finalmente concluyó que no se había producido una violación del artículo 10.

No obstante, esta conclusión se alcanzó con la exigua mayoría de cuatro a tres y los jueces discrepantes emitieron un voto particular en el que, en primer lugar, cuestionaron que no se hubiera tenido en cuenta el evidente contenido satírico de la actuación de la demandante y citan la famosa máxima de Quintiliano (*Satura quidem tota nostra est*), así como el aforismo de Stanisław Jerzy Lec («A veces la sátira tiene que reconstruir lo que el *pathos* ha destruido»). El voto discrepante insiste en que la actuación satírica de la demandante había hecho exactamente lo que este género artístico hace con frecuencia: transferir la atención del espectador de un objeto a su contexto social.

Se cita también el ya mencionado asunto *Texas vs. Johnson*, en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos recordó que el simbolismo es una forma primitiva pero efectiva de comunicar ideas, añadiendo que en un mundo en permanente cambio no es sorprendente que quienes desean resaltar una causa o expresar una opinión recurran a esos actos simbólicos y manifestaciones que probablemente atraigan un mayor grado de atención y desencadenen un debate más amplio que el que podría generarse mediante formas de protesta más convencionales y establecidas.

En la opinión discrepante se recuerda también lo dicho por el TEDH en el apuntado caso *Murat Vural c. Turquía*: al decidir si un determinado acto o conducta está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 10 del Convenio, deberá evaluarse la naturaleza del acto o comportamiento de que se trate, en particular su carácter expresivo visto desde un punto de vista objetivo, así como el propósito o la intención de la persona que realiza el acto o lleva a cabo el comportamiento en cuestión.

A modo de observación general, los jueces de la minoría concluyen que la sentencia plantea inevitablemente la cuestión de hasta qué punto un Estado puede tipificar como delito los insultos a la memoria y determinar la prohibición de que los particulares ejerzan su derecho a protestar y expresar sus opiniones de manera compatible con el artículo 10 en ciertos espacios y estructuras. Existe un riesgo real de erosionar el derecho de las personas a expresar sus opiniones y protestar a través de medios pacíficos, aunque sean controvertidos.

En definitiva, este voto se inserta en la línea jurisprudencial que, en general, ha venido manteniendo el TEDH, que no es otra que la extensión de la garantía del artículo 10 del Convenio al discurso expresivo que, aunque resulte hiriente u ofensivo para algunas de las personas que lo presencian directamente o tengan conocimiento de él por los medios de comunicación, transmite una idea u opinión y lo hace de manera pacífica y sin generar un peligro claro e inminente de algún tipo de mal.

7. ALGUNOS RECORDATORIOS PARA EL LEGISLADOR Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES A PROPÓSITO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL DISIDENTE

Ya se han mencionado arriba la sentencia del asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, que condenó a nuestro país por vulneración del artículo 10 del CED en relación con el ejercicio de la libertad de expresión de manera muy crítica contra el jefe del Estado, así como el caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, que también concluyó en una condena. Al margen de estos casos, y como también es conocido, la jurisprudencia del TEDH debe ser tenida en cuenta en nuestro país, aunque no sea el Estado demandado y condenado; a este respecto, antes hemos mencionado varios casos recientes en los que se avalan actos expresivos contra símbolos estatales, una línea jurisprudencial que, sin embargo, no parece que haya hecho mella alguna ni en el legislador ni en nuestros tribunales.

Por lo que respecta al primero, siguen vigentes en el Código Penal español tres preceptos de dudosa constitucionalidad y difícilmente compatibles con la interpretación dada al artículo 10 CEDH por el TEDH: los artículos 490.3, 491 y 543. De acuerdo con el primero (490.3 CP), el que calumniare o injuriare al rey, a la reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la reina consorte o al consorte de la reina, al regente o a algún miembro de la Regencia, o al príncipe o a la princesa de Asturias en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo fueren. Por su parte, el 491 CP dispone en su inciso 1 que las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses; y en su inciso 2 prevé la imposición de la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del rey o de la reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la reina consorte o del consorte de la reina, o del regente o de algún miembro de la Regencia, o del príncipe o de la princesa de Asturias, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona. Finalmente, el artículo 543 CP establece que las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses.

En los dos primeros casos[15], la protección del sujeto pasivo toma en consideración su pertenencia a la familia real; como ha reiterado el TEDH en casos en los que, precisamente, condenó a España, «[…] si bien es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional, la posición dominante que estas instituciones ocupan obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal» (asuntos *Otegi Mondragón c. España*,…, ap. 58; *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016, ap. 51, y *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*… ap. 33).

En particular, el TEDH ha reiterado la doctrina de la agravación punitiva de conductas expresivas cuando el destinatario sea el jefe del Estado no se compadece con el espíritu del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «[…] en materia de insulto contra un jefe de Estado, el TEDH ya ha declarado que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio (asuntos *Colombani y otros c. Francia*, de 25 de junio de 2002, ap. 66-69; *Pakdemirli c. Turquía*, de 22 de febrero de 2005; *Artun y Güvener c. Turquía*, de 26 de junio de 2007, ap. 31, y *Otegi Mondragón c España*,…, ap. 55-56). En efecto, el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen» (*Otegi Mondragón*…, ap. 55, y *Stern Taulats y Roura Capellera*…, ap. 33).

Pues bien, a pesar de esta jurisprudencia, no parece, al menos de momento, que el legislador español vaya a derogar los artículos 490.3 y 491 CP, y tampoco el Gobierno considera prioritario impulsar semejante iniciativa[16].

Por lo que respecta a los tribunales, no han tenido problema alguno en aplicar o avalar la aplicación del artículo 490.3 CP; así, el ejemplo paradigmático a este respecto lo constituye la condena por el Juzgado Central de lo Penal y la Audiencia Nacional a los autores de la varias veces citada quema de las fotos del rey como culpables de un delito de injurias a la Corona, decisión que, posteriormente, el TC consideró correcta al estimar que tal conducta no formaba parte del ejercicio legítimo de la libertad de expresión (STC 177/2015, de 22 de julio): para el TC, la conducta de los condenados «[…] traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE) […] En definitiva, quemar públicamente el retrato de los monarcas es un acto no solo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio» (FJ 4) […] Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e "[…] incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas" (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. "[…] a un posible riesgo de violencia" (STEDH de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía* § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 73)"» (FJ 5).

A diferencia de lo ocurrido en España, la *Cour Consitutionnelle* de Bélgica ha declarado, muy recientemente, Arrêt n° 157/202, de 28 de octubre de 2021, la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley de 6 de abril de 1847 «portant répression des offenses envers le roi»[17], un tipo análogo al de las injurias al rey de nuestro ordenamiento, y lo ha hecho considerando que, aunque la injerencia que supone en la libertad de expresión está establecida

en una ley suficientemente accesible y precisa y, además, persigue una finalidad legítima —proteger la reputación del monarca así como garantizar la inviolabilidad del rey y la estabilidad del sistema constitucional en su conjunto—, no es, sin embargo, compatible con la jurisprudencia de Estrasburgo sobre este particular previamente analizada.

El Tribunal Constitucional belga menciona como parámetros los artículos 19 de su Constitución, que garantiza la libertad de expresión, y el 10 del CEDH, así como la doctrina del TEDH en, entre otros, los asuntos *Otegui Mondragón c. España* y *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, y concluye que esa tutela del jefe del Estado no resulta necesaria en una sociedad democrática, puesto que las expresiones propias del debate político o en materias de interés general están especialmente protegidas, porque no existe justificación para proteger con mayor intensidad la reputación del rey que la del resto de individuos y porque la pena de prisión establecida al efecto —de seis meses a tres años— resulta sencillamente desproporcionada.

En segundo lugar, y en relación con el delito previsto en el artículo 543 del Código penal[18], contamos con una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 190/2020, de 15 de diciembre, que resolvió —desestimándolo por mayoría de seis a cinco— el recurso de amparo promovido por el señor Pablo Fragoso Dacosta contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de febrero de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el día 22 de marzo de 2017 por el Juzgado de lo Penal número 1 de Ferrol en el procedimiento abreviado que condenó al recurrente como autor de un delito de ultrajes a España[19].

En el FJ 4, el TC asevera que el control de constitucionalidad en este tipo de supuestos debe quedar limitado a verificar si, al imponer la condena penal, las sentencias impugnadas han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales *(vid.* la STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4).

En el FJ 5 se aplica esta doctrina al supuesto concreto y el TC concluye que «[…] cuando, como ocurre en el caso de autos, la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión […]».

A continuación, agrega que «[…] ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues su conducta, por las razones expresadas, no puede quedar amparada por este derecho, dado que no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre».

Por último, para el TC «[…] la respuesta punitiva aplicada al recurrente resultó proporcionada a la entidad de la conducta delictiva apreciada. La pena de multa prevista en el art.

543 CP fue aplicada en su grado mínimo; la cuota diaria asignada, de seis euros (1260 € en total), era adecuada a su capacidad económica, como lo ha acreditado que el recurrente la abonara de una vez y en su integridad; y, finalmente, la responsabilidad personal subsidiaria no ha llegado a tener efecto».

Es obvio, en primer lugar, que no cabe discutir la aplicación al presente caso de la jurisprudencia del TEDH vía artículo 10.2 CE, como se reconoce tanto en lo argumentado por la mayoría como en lo sostenido en los votos particulares; lo llamativo es que las palabras del Tribunal de Estrasburgo sirvan para justificar tanto una conclusión como la contraria.

Ahora bien, si nos atenemos a lo establecido por el TEDH en los casos emblemáticos *Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia*, de 2 de febrero de 2010[20], y S*tern Taulats…*, invocados por unos y otros, parece que esta doctrina tendría que conducir a la estimación del amparo: en ambos asuntos el TEDH condenó a los Estados demandados porque sancionaron penalmente conductas que no habían supuesto incitación a la violencia, circunstancia que tampoco concurrió en la protesta que aquí nos ocupa.

En segundo lugar, y como se ha recordado anteriormente, si la libertad de expresión ampara no solo la exteriorización de ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte de la población, no cabe sostener, como hace la mayoría del TC, que del «[…] menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos» haya que concluir que […] el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión […]». Y ello aunque las expresiones controvertidas no fueran un mero desahogo verbal en el contexto de un enconado conflicto laboral, pues incluso si tuvieron un componente provocador, se trataría de un recurso permitido para la transmisión de un mensaje crítico desde la perspectiva de la libertad de expresión (asunto *Stern Taulats*…, ap. 38).

En tercer lugar, y en contra de lo argumentado por la mayoría, si se exige que la expresión de una idea u opinión sea necesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral, entonces carecería de sentido la protección de expresiones que molestan u ofenden, sin cuya garantía no existe una sociedad democrática. El juicio de idoneidad no debe aplicarse a las expresiones, sino a las restricciones o sanciones previstas para las mismas (asunto *Handyside*, ap. 49).

En cuarto término, parece difícil de sostener, como hace la mayoría para descartar la aplicación al caso de la doctrina *Stern Taulats*, que se otorgue menor protección a una expresión dirigida contra la bandera como símbolo del Estado que a un acto expresivo contra el jefe del Estado, que, como dice el artículo 56.1 CE, es, también, símbolo de su unidad y permanencia. Si en el caso *Stern Taulats* se admitió que la quema de la foto del rey era un acto legítimo de crítica contra un símbolo del Estado, ¿cómo no lo va a ser hablar de la «puta bandeira» o decir que «hai que prenderlle lume a puta bandeira»?

En quinto lugar, las expresiones penalmente sancionadas tienen que ver, y mucho, con el contexto en que se manifiestan: si en el caso *Stern Taulats* la «[…] controvertida puesta en escena se enmarcaba en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés público, a

saber, la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y la crítica al rey como símbolo de la nación española» (ap. 36), en el presente caso la «puesta en escena» se enmarca en el contexto de un prolongado conflicto laboral y respondió, como se dice en la sentencia de primera instancia, «[…] a una previa solicitud de la autoridad militar a los representantes sindicales de los trabajadores, para que rebajasen el tono de las protestas que venían realizando desde hacía meses ante el establecimiento militar durante el izado de bandera». En un contexto de interés público —y un conflicto laboral como el existente lo presupone—, la libertad de expresión incluye expresiones que ofenden, escandalizan o perturban (asunto *Partido Demócrata Cristiano*… ap. 27).

A las mismas conclusiones llegamos invocando la propia jurisprudencia del TC, que ha sostenido en diversas ocasiones que la libertad de expresión ampara la libertad de crítica, «[…] más cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (entre otras muchas, SSTC 174/2006 y 77/2009).

En suma, y como subraya Cabellos Espiérrez (2022: 17), el TC, que tendría que ofrecer una interpretación constitucionalmente adecuada que hiciera compatibles con la libertad de expresión la proporcionalidad del recurso a la vía penal y la evitación del efecto desaliento «[…] no solo no está teniendo éxito en ese cometido, sino que, a través de una jurisprudencia cambiante, ha hecho imprevisible poder prever mínimamente el resultado de este tipo de casos que vinculan libertad de expresión y vía penal».

Por todo lo expuesto hasta aquí, nos parece que, como mínimo, y si el legislador no deroga el precepto en cuestión, sería al menos imprescindible que los tribunales llevaran a cabo una aplicación muy restrictiva de esta figura delictiva, pues otra opción podría conducir a castigar conductas que, claramente, constituyen una manifestación del ejercicio de la libertad de expresión y/o de la libertad ideológica, o producir un efecto desaliento y una autocensura en materia de crítica política.

Y es que, en palabras ya clásicas del Tribunal Supremo de Estados Unidos, «[…] el derecho garantizado por la Constitución a ser intelectualmente diferente o a discrepar, así como a no estar de acuerdo con lo que representa el orden establecido, incluye el derecho a expresar públicamente la propia opinión sobre la bandera nacional, incluyendo naturalmente las opiniones provocadoras o despreciativas» (asunto *Texas vs. Johnson*, de 1989, recogiendo jurisprudencia anterior).

NOTAS

1. En 1927, J.M. Near empezó a publicar el periódico *The Saturday Press* en Minneapolis y a divulgar comentarios en los que afirmaba que las bandas judías estaban prácticamente gobernando la ciudad y criticaba al jefe de la policía, al alcalde y a otros personajes públicos, uno de los cuales presentó una demanda contra los editores del periódico al amparo de la Public Nuisance Law, de 1925, también conocida como Minnesota Gag Law. En la demanda se alegaba que las acusaciones formuladas en los nueve números

publicados entre el 24 de septiembre de 1927 y el 19 de noviembre de 1927, así como el tono general antisemita del periódico, constituían una violación de esta ley.

El 22 de noviembre de 1927, el juez Matthias Baldwin, del Tribunal de Distrito del Condado de Hennepin, emitió una orden temporal que prohibía a los acusados editar, publicar o distribuir *The Saturday Press* o cualquier otra publicación que incluyera contenidos similares. Esta orden fue concedida sin previo aviso a los demandados y surtiría efecto mientras, como exigía la ley, no demostraran que lo publicado era verdad y que, además, se había divulgado con buenas intenciones.

Después de dos apelaciones al Tribunal Supremo del Estado, con el intermedio de una segunda decisión del Tribunal de Distrito, el asunto llegó al Tribunal Supremo Federal, que, con ponencia del juez Hughes, declaró que la Ley de Minnesota representaba la «esencia de la censura» y era inconstitucional: el hecho de que la libertad de prensa pudiera ser aprovechada para cometer abusos no hacía menos necesaria la inmunidad de la prensa frente a la censura previa, pues se generaría un perjuicio mayor si se permitiera que fueran los funcionarios los que determinaran qué historias podían publicarse.

2. *Vid*., al respecto, en lengua española, el minucioso estudio de Muñoz Machado (2013: 94 ss.). Sobre las restricciones a la libertad de expresión en tiempo de guerra o en situaciones excepcionales, *vid.* el amplio análisis de Stone (2004) y una versión posterior (2007).

3. Para conocer el contexto en el que surge la Sedition Act*, vid.* el libro de Arias Castaño (2018).

4. Esta ley no fue objeto de un juicio de constitucionalidad directo por parte del Tribunal Supremo, si bien este mismo órgano concluyó que «[…] a pesar de que la Ley de Sedición no fue nunca analizada por este Tribunal, ha sido el tribunal de la historia quien ha dictaminado sobre su validez. Las cantidades pagadas por las multas que la Ley impuso fueron devueltas mediante otra Ley del Congreso, precisamente por considerarse que la Ley de Sedición era inconstitucional. Calhoun, siendo ponente en el Senado en 1836 de esta ley que reintegró las multas, afirmó que su invalidez constituía una cuestión sobre la cual «nadie duda hoy». El presidente Jefferson amnistió a aquellos que habían sido condenados y sentenciados de acuerdo con dicha ley, y revocó las sanciones, declarando lo siguiente: «He amnistiado a todos los que habían sido condenados o perseguidos por aplicación de la Ley de Sedición, porque he considerado y aún hoy considero que dicha ley está viciada de nulidad, nulidad tan absoluta y palpable como lo sería una ley en la que el Congreso nos ordenase arrodillarnos y adorar una imagen de oro». La invalidez de la Ley fue, asimismo, afirmada por jueces de este Tribunal [Holmes, voto particular discrepante al que se adhirió Brandeis en *Abrams vs. United States*, 250 US 616; Jackson, voto particular discrepante en *Beauharnais vs. Illinois*, 343 US 250; Douglas, The Right of the People (1958), p. 47]. Estos puntos de vista reflejan un consenso general de que la Ley, debido a las limitaciones que imponía a quienes criticaban al Gobierno y a los cargos públicos, contravenía la Primera Enmienda (*New York Times Co. vs. Sullivan*, de 9 marzo de 1964).

5. En la abundante literatura norteamericana destacan, entre otros, los trabajos de Stone (2004, 2007, 2008) y Rehnquist (1998).

6. En la Sección tercera del Título I se castigaba con penas de prisión de hasta 20 años y con multas de hasta 10.000 dólares a aquel que «[…] en tiempo de guerra: realizara o transmitiera voluntariamente informes o afirmaciones falsas con la finalidad de impedir u obstaculizar las operaciones o los éxitos de las fuerzas terrestres o navales de los Estados Unidos o de facilitar el éxito de sus enemigos.

Voluntariamente causara o intentara causar insubordinación, deslealtad, motín o negativa de obediencia en las fuerzas terrestres o navales de los Estados Unidos.

Voluntariamente obstruyera el reclutamiento o el servicio de alistamiento de los Estados Unidos».

7. Entre otras conductas, sancionaba declarar, imprimir, escribir o publicar voluntariamente cualquier expresión con la intención de producir desacato, menosprecio, agravio o mala reputación para la forma de gobierno, la Constitución, las fuerzas militares o navales, el uniforme o la bandera de los Estados Unidos.

Declarar, imprimir, escribir o publicar voluntariamente cualquier expresión con la intención de incitar, provocar o animar la resistencia hacia los Estados Unidos o de promover la causa de sus enemigos.

Exhibir voluntariamente la bandera de un país enemigo […]

Respaldar o apoyar con palabras o con actos la causa de cualquier país con el que los e los Estados Unidos estuvieran en guerra.

Oponerse, con palabras o con actos, a la causa bélica de los Estados Unidos».

Al respecto, Finan (2007: 27 ss.).

8. Traducción de Arjona Sebastiá (2006: 142-144).

9. Disponible en: <https://archive.org/details/freedomspeechin00chafgoog>. [Consulta: 18/01/2022.]

10. *Vid.*, por ejemplo, los estudios de Abele (2005), y Cole y Dempsey (2006*)*; y, en la doctrina española, de Gómez Corona (2010, 57 ss.).

11. Cole realiza un comentario especialmente crítico de esta sentencia (2012); en lengua española, Fiss (2013: 20-31).

12. Pueden verse, al respecto los trabajos de Bilbao Ubillos (2018) y Presno Linera (2019, 539-549).

13. Puede verse un breve comentario a esta sentencia en Montero Regules (2021).

14. La demandante fue Anna Olegovna Sinkova, que formaba parte del grupo artístico Hermandad de San Lucas. En el mes de diciembre de 2010, ella y otros tres miembros del grupo decidieron protestar «[…] contra el despilfarro de gas natural por parte del Estado mientras se hace la vista gorda ante el mal nivel de vida de los veteranos» y lo que hicieron fue freír huevos y salchichas sobre la Llama Eterna de la Tumba del Soldado Desconocido en Kiev, intervención que fue filmada por otro miembro del grupo. Dos policías se acercaron al grupo y advirtieron que su comportamiento era inapropiado, pero no hicieron nada más. Sinkova colgó en Internet el vídeo de su actuación como acto de protesta y con el siguiente comentario:

«Desde hace cincuenta y tres años se quema inútilmente el precioso gas natural en el Monumento a la Gloria de Kiev. Este placer cuesta a los contribuyentes unos 300.000 grivnas al mes. Y este es solo un templo pagano de "llama eterna", mientras que hay cientos o incluso miles de ellos en toda Ucrania. El 16 de diciembre, la Hermandad de San Lucas reaccionó a esto con un acto de protesta en el Parque de la Gloria de la capital. Mostró que la gente debería usar la "llama eterna". Sugerimos a los indignados representantes del Partido Comunista de Ucrania que sigan el ejemplo de las antiguas vírgenes vestales romanas y que lleven a cabo tareas durante todo el día en las llamas eternas, manteniendo el fuego encendido manualmente por madera. No hay duda de que los comunistas no tendrán problemas para cumplir con esta tarea, porque ya tienen experiencia en el cuidado del monumento a Lenin en Kiev y su financiación es mucho mejor que la que tenían las vírgenes vestales».

Tras la difusión del vídeo, se interpusieron varias denuncias y la demandante fue detenida y acusada de profanación de la Tumba del Soldado Desconocido, delito tipificado en el artículo 297 del Código Penal de Ucrania. Luego de diversas vicisitudes, se celebró un juicio y la demandante fue condenada a tres años de prisión, quedando en suspenso la ejecución durante dos años.

Vid. el comentario sobre esta sentencia de Ó'Fathaigh y Voorhoof (2018).

15. El análisis de estos preceptos está disponible en: <https://libex.es/calumnias-o-injurias-al-rey-la-reina-y-a-ciertos-miembros-de-su-familia/>. [Consulta. 18/01/2022.]

16. Declaraciones del ministro de la Presidencia, Félix Bolaños, el día 11 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20220111/7980152/gobierno-descarta-reforma-delitos-rebelion-sedicion-e-injurias-corona.html>. [Consulta: 11/01/ 2022.]

17. «Quiconque, soit dans des lieux ou réunions publics, par discours, cris ou menaces, soit par des écrits, des imprimés, des images ou emblèmes quelconques, qui auront été affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public, se sera rendu coupable d'offense envers la personne du Roi, sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans, et d'une amende de 300 à 3000 fr.».

18. Un comentario sobre este precepto está disponible en: <https://libex.es/de-los-ultrajes-a-espana/>. [Consulta: 18/01/2022.]

19. Puede verse un breve comentario en Presno Linera (2021); y un análisis más extenso en Cabellos Espiérrez (2022: 25-32). En el Antecedente 2 de la STC se dice que la sentencia de primera instancia declaró probado, «[…] en virtud de la testifical practicada en el juicio oral, que, sobre las 08:00 horas del día 30 de octubre de 2014, en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el recurrente en amparo, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, con intención de menospreciarla, gritó "aquí tedes o silencio da puta bandeira" y "hai que prenderlle lume á puta bandeira" (esto es, en castellano, "aquí tenéis el silencio de la puta bandera" y "hay que prenderle fuego a la puta bandera")».

La sentencia considera que estos hechos probados son constitutivos de un delito de ultrajes a España del art. 543 CP, tipo que castiga las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas. Estima que concurren todos los elementos constitutivos de este tipo penal, toda vez que se trata de graves ofensas de palabra a la bandera española, ejecutadas con publicidad, pues las expresiones injuriosas fueron proferidas con un megáfono en presencia de los miembros de las fuerzas armadas que desarrollaban un acto oficial solemne y de una treintena de manifestantes. Considera que el encausado actuó con ánimo de menospreciar o ultrajar, por cuanto las expresiones proferidas constituyeron su concreta respuesta a una previa solicitud de la autoridad militar a los representantes sindicales de los trabajadores, para que rebajasen el tono de las protestas que venían realizando desde hacía meses ante el establecimiento militar durante el izado de bandera.

Concluye la sentencia que esos ultrajes de palabra no pueden entenderse amparados en la libertad de expresión, a diferencia de lo que sucedería con otras consignas que se gritaron durante las protestas relacionadas con los derechos laborales que reclamaban los trabajadores concentrados (así, «a bandeira non paga as facturas» —en castellano, «la bandera no paga las facturas»—), o con las pitadas, abucheos y empleo de artilugios sonoros en esas mismas protestas. La conducta enjuiciada es subsumible, por tanto, en el delito tipificado en el art. 543 CP, siendo irrelevante a estos efectos que un sector doctrinal se muestre partidario de la desaparición de ese tipo penal.

20. En este asunto el TEDH amparó, como un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, la quema de banderas rusas y de la efigie del presidente de la Federación Rusa.

BIBLIOGRAFÍA

ABELE, Robert P. (2005): *User's Guide to the USA Patriot Act and Beyond*, Lanham: University Press of America.

ARIAS CASTAÑO, Abel (2018): *Clear and Present Danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Madrid: Marcial Pons.
ARJONA SEBASTIÁ, César (2006): *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Madrid: Iustel.
BILBAO UBILLOS, Juan María (2018): «La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada», *Revista General de Derecho Constitucional*, 28, 1 ss.
CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel (2022): «¿Un problema de metodología? Las dificultades de la jurisprudencia constitucional para enjuiciar con pautas estables el castigo de formas y discursos potencialmente lesivos de reivindicación, crítica o protesta», *Revista de Derecho Político*, 113, 13-43.
CHAFEE, Zechariah (1919): «Freedom of Speech in War Time», *Harvard Law Review*, 32(8), 932-973.
COLE, David (2012): «The First Amendment's Borders: The Place of Holder *vs.* Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine», *Harvard Law and Policy Review*, 6, 147-177.
COLE, David y James DEMPSEY (2006): *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, Nueva York: New Press.
FINAN, Christopher M. (2007): *From the Palmer Raids to the Patriot Act: a history of the fight for free speech in America*, Boston: Beacon Press.
FISS, Owen (2013): «El mundo en que vivimos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 37, 20-31.
GÓMEZ CORONA, Esperanza (2010): «Estados Unidos: política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes», en Pérez Royo J. y M. Carrasco Durá (eds.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 57 ss.
LEWIS, Anthony (1992): *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*, Nueva York: Vintage Books.
MONTERO REGULES, Juncal (2021): «Of statues and Santa Claus: does Article 10 protect hooliganism acts on a historical figure's statue?», *Strasbourg Observers* [en línea] <https://strasbourgobservers.com/2021/08/25/of-statues-and-santa-claus-does-article-10-protect-hooliganism-acts-on-a-historical-figures-statue/>. [Consulta: 18/01/2022.]
MUÑOZ MACHADO, Santiago (2013): *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Barcelona: Crítica.
Ó'FATHAIGH, Ronan y Dirk VOORHOOF, (2018): «Conviction for performance-art protest at war memorial did not violate Article 10», *Strasbourg Observers*, [en línea] <https://strasbourgobservers.com/2018/03/19/conviction-for-performance-art-protest-at-war-memorial-did-not-violate-article-10>. [Consulta: 18/01/2022.]
PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2011): «Hay que prenderle fuego a la puta bandera: breve comentario a la STC 190/2020», *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19*, 2.
– (2019): «Crónica de una condena anunciada: el Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del Rey», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 539-549.
REHNQUIST, William H. (1998): *All the Laws but one: Civil liberties in Wartime*, Nueva York: Knopf.
RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
STONE, Geoffrey (2004): *Perilous Times: Free Speech in War Time. From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, Nueva York: W.W. Norton & Company.
– (2007): *War and Liberty. An American Dilemma: 1790 to the present*, Nueva York-Londres: W.W. Norton & Company.
– (2008): «Liberté d'expression et sécurité nationale», en Zoller, E. *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, París: Dalloz.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.

ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO, INCITACIÓN A LA VIOLENCIA Y CLIMAS DE OPINIÓN

GLORIFICATION OF TERRORISM, INCITEMENT TO VIOLENCE AND CLIMATE OF OPINION

Rafael Alcácer Guirao

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

Frente a la interpretación mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que entendía el delito de enaltecimiento del terrorismo como un ilícito ofensivo, la STC 112/2016, de 20 de junio, restringió su aplicación a los casos en que concurriera una incitación, siquiera indirecta, a la violencia. No obstante, la comprensión de la incitación indirecta como la creación de climas ideológicos conlleva realmente el mantenimiento de la previa concepción del delito como un ilícito meramente ofensivo, lo que supone una limitación desproporcionada de la libertad de expresión. Es preciso, por ello, adoptar un criterio más restrictivo de la incitación indirecta a la violencia y exigir, en este sentido, la concurrencia de un riesgo inminente de realización de actos de terrorismo como elemento integrante del tipo. Pronunciamientos recientes como la STC 35/2020, de 25 de febrero (*asunto César Strawberry)* o la STEDH *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 de junio de 2021 permiten abonar esa línea restrictiva, aun cuando el tenor literal del precepto dificulta la adopción de tal interpretación.

PALABRAS CLAVE

Enaltecimiento del terrorismo, discurso de odio, libertad de expresión, delitos de clima, incitación a la violencia.

ABSTRACT

Contrary to the majority interpretation of the Second Chamber of the Supreme Court, which understood the crime of glorification of terrorism as an offense, STC 112/2016, June 20 restricted its application to cases in which there is an incitement, even indirect, to violence. However, the understanding of indirect incitement as the creation of ideological climate actually entails maintaining the previous conception of the crime as a mere offense, incurring in a disproportionate limitation of freedom of expression. It is therefore necessary to adopt a more restrictive criterion of indirect incitement to violence, requiring an imminent risk of terrorist acts. More recent rulings such as STC 35/2020, February 25 (*César Strawberry* case) or the STEDH *Erkizia Almandoz vs. Spain*, June 22, 2021, make it possible to support this restrictive line, even though the literal wording of the precept makes it difficult to adopt such an interpretation.

KEY WORDS

Glorification of terrorism, hate speech, freedom of expression, climate crimes, incitement to violence.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.037

ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO, INCITACIÓN A LA VIOLENCIA Y CLIMAS DE OPINIÓN

Rafael Alcácer Guirao
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: 1. El delito de enaltecimiento como discurso ofensivo. 2. El delito de enaltecimiento como discurso incitador. 2.1. Criterios de evaluación del riesgo. 2.2. La incitación indirecta. 3. Climas sociales. 3.1. Peligro estadístico. 3.2. La creación de climas como lesividad inherente al discurso de odio. 4. ¿Protección de climas sociales por el derecho penal? 4.1. La criminalización de la «violencia ambiental». 4.2. Crítica a la protección de climas sociales. 5. ¿Protección de valores? 6. Otra lectura de la incitación indirecta: de nuevo Strawberry y Erkizia. 6.1. La STC 35/2020, de 25 de febrero y la finalidad de incitar. 6.2. La STEDH *Erkizia Almandoz c. Espa*ña y la exigencia de un contexto de riesgo. Notas. Bibliografía.

1. EL DELITO DE ENALTECIMIENTO COMO DISCURSO OFENSIVO

La libertad de expresión se desenvuelve entre dos márgenes: el de la incitación a la violencia, conducta expresiva inequívocamente excluida de su legítimo ejercicio (STC 112/2016, de 20 de junio; SSTEDH *Perinçek c. Suiza*, de 15 de octubre de 2015; y *Erkizia Almandoz c. España,* de 22 de junio de 2021), y el de la mera transmisión de ideas, conducta indiscutiblemente incardinada en su contenido protegido, máxime cuando se trata de ideas sobre asuntos de relevancia pública[1]. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que «[…] nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana» (STC 235/2007, de 7 de noviembre).

Como no podría ser de otro modo, ambos márgenes habrán de determinar también la interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP). Desde su introducción tras la reforma operada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, la mayoría de la doctrina ha puesto en duda su constitucionalidad —o, al menos, su oportunidad político-criminal— por considerar que lo que el tipo penal del enaltecimiento castiga no es sino la transmisión de ideas —sin duda execrables, pero de índole política y, por ello, amparadas por el derecho fundamental—. Tales dudas venían dadas no solo porque su tenor literal dificultara la introducción por vía exegética elementos de incitación[2], sino también porque la *voluntas legislatoris* plasmada en la exposición de motivos de la citada ley parecía realmente asumir que el reproche penal se dirigía contra aquellos «[…] actos que producen perplejidad e indignación en la sociedad».

Esta concepción del enaltecimiento como un ilícito meramente *ofensivo* ha sido acogida por la mayoría de la jurisprudencia hasta tiempos recientes[3]. Conocidos pronunciamientos judiciales como las condenas a *César Strawberry* (STS 4/2017, de 18 de enero) o a *Pablo Hasél* (STS 135/2020, de 7 de mayo) son —más allá de la confusa retórica de la segunda— exponentes de esa concepción del delito de enaltecimiento[4].

La estrategia dialéctica seguida por esa jurisprudencia —y por algún sector doctrinal— para soslayar las dudas de constitucionalidad ha sido considerar el enaltecimiento como una forma de «discurso de odio»: una vez que este ha sido caracterizado por el TEDH como un límite negativo al legítimo ejercicio de la libre expresión[5], basta con etiquetar de ese modo el enaltecimiento para justificar su reprochabilidad penal[6]. Asumiendo esta concepción, Bernal del Castillo sostiene que «[…] la naturaleza del discurso del odio tiene la virtualidad de reconocer un contenido de injusto de cierta entidad a esta figura de apología del terrorismo»; «con esta premisa —prosigue el autor—, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideran que el delito de enaltecimiento del terrorismo o de sus autores se justifica no porque implique una provocación directa o indirecta a cometer delitos concretos de terrorismo, sino en cuanto entraña un apoyo objetivo a los fines terroristas, influyendo positivamente en el mantenimiento o apoyo del entorno que sustenta el terrorismo mediante actos concretos». Como el propio Bernal enfatiza acto seguido, tal influencia no tiene que acreditarse en el caso concreto, sino que ha de presumirse en toda conducta expresiva que ensalce o justifique actos terroristas[7].

Tras el asunto de la quema de las fotos del rey y el bochorno provocado por la sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (STEDH de 13 de marzo de 2018), deben rechazarse los abusos nominalistas en los que suele incurrirse mediante la utilización del «discurso del odio» como justificación retórica de la sanción penal[8]. En todo caso, ese falaz recurso no logra enmascarar la precaria legitimidad de la citada interpretación del artículo 578 CP. Desde esta perspectiva hermenéutica, la ilicitud del delito de enaltecimiento se fundamenta en la mera identificación o anuencia ideológica con el terrorismo, y su lesividad se agota en la afectación a sentimientos colectivos, en la ofensa a la moral colectiva[9]. Lo que se sanciona es, en suma, la transmisión de ideas execrables.

2. EL DELITO DE ENALTECIMIENTO COMO DISCURSO INCITADOR

2.1. CRITERIOS DE EVALUACIÓN DEL RIESGO

La alternativa a esa línea exegética es considerar el enaltecimiento como la manifestación de un *discurso incitador*. Esa fue la concepción acogida por la STC 112/2016, de 20 de junio, que marcó un importante punto de inflexión en la aplicación del artículo 578 CP. Aunque sin abandonar la retórica del discurso del odio, en dicha sentencia nuestro Tribunal Constitucional estableció que la injerencia en la libre expresión que pueda suponer la condena por el enaltecimiento solo será legítima en la medida en que las conductas expresivas «[…] puedan propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades».

Con esa interpretación constitucional del precepto, el Tribunal vendría a alinearse, al menos formalmente, con el estándar europeo, que aparece plasmado en la actualidad en la Directiva (UE) 2017/541, de 15 de marzo, cuyo artículo 5 limita la tipificación de la apología del terrorismo a los casos en que «[…] incite directa o indirectamente […] a la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos».

Esa concepción presenta menores fricciones con el contenido protegido por la libertad de expresión, dado que, según la misma, el tipo penal abarcaría conductas que, en cuanto dirigidas a incitar a actos ilícitos, han de quedar *prima facie* fuera del ámbito protegido por el derecho. Ahora bien, ello dependerá del umbral de riesgo que se considere suficiente para justificar la imposición de la sanción penal.

Como primera aproximación, podríamos acudir a los dos criterios que, en diferentes épocas, ha utilizado el Tribunal Supremo americano para determinar las conductas expresivas excluidas de la protección de la libre expresión: el *bad tendency test* y el *Brandenburg test*.

El *Brandenburg test* establece la necesidad de que concurra un *direct incitement to a clear and present danger*, y exige, por tanto, la concurrencia de dos requisitos: la idoneidad de la conducta expresiva para inducir a actos violentos graves y la expectativa de inmediatez de tales actos violentos[10]. Un supuesto paradigmático de esa incitación *directa* sería el ejemplo del tratante de grano expuesto por Stuart Mill en *On Liberty*: la opinión de que los negociantes de trigo son los que matan de hambre a los pobres será adecuada para incitar a actos inmediatos de violencia cuando se expresa ante una multitud exaltada reunida delante de la casa de un comerciante de trigo[11].

El *bad tendency test* es, en cambio, mucho menos exigente. Este criterio surgió en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense durante los años veinte para combatir la disidencia política comunista y, en particular, para luchar contra los opositores a la Primera Guerra Mundial, a través de la aplicación de la Espionage Act *y* la Sedition Act[12]. Como su propio nombre sugiere, dicho parámetro de enjuiciamiento estableció que para justificar la restricción de la libertad de expresión era suficiente que pudiera argumentarse que en la conducta expresiva anidaba una *tendencia general* a la incitación de actos violen-

tos o ilegales o, más en general, a la alteración de la estabilidad social. El sentido de esta fórmula queda inmejorablemente expresado en las palabras utilizadas en *Gitlow vs. New York* para avalar la condena de un miembro del partido comunista por distribuir unos panfletos en los que se defendía el derrocamiento de la democracia parlamentaria a través de la revolución del proletariado:

> «Una sola chispa podría encender un fuego que, ardiendo por un tiempo, podría estallar en una destructiva conflagración. No puede afirmarse que el Estado actúa arbitraria o irrazonablemente cuando, en el ejercicio de su propio juicio respecto de las medidas necesarias para proteger la paz y la seguridad pública, busca extinguir la chispa sin esperar a que haya encendido la llama».

Si la finalidad es extinguir la chispa antes de que surja la llama, bastará que la conducta expresiva pueda generar una mera expectativa lejana de reacciones violentas; en realidad, será suficiente que el contenido del mensaje pueda suscitar un clima de alteración social. Ya no será necesario que el mensaje incendiario se dirija a una multitud exaltada reunida frente a la casa de comerciente de grano; bastará que la opinión de que los comerciantes, de trigo son los que matan de hambre a los pobres se difunda con cierta profusión en la prensa.

Desde este estándar de enjuiciamiento —presente en la jurisprudencia del TEDH—, el acento se pone antes en el propio contenido del mensaje que en sus efectos sociales, en la medida en que, respecto a estos, no se desciende a las circunstancias concretas del caso, sino que se asume o presume que la coducta expresiva es, por el contenido del mensaje y con carácter general, idónea para producir episodios de violencia o discriminación y, por tanto, para alterar la estabilidad de una sociedad democrática[13].

2.2. LA INCITACIÓN INDIRECTA

El criterio del *bad tendency test* se asemeja, a mi juicio, al que ha venido aplicándose bajo la noción de la incitación *indirecta*. Con carácter general, este estándar de riesgo ha sido considerado suficiente para legitimar la sanción penal de las conductas expresivas. Así, como acabo de mencionar, la propia Directiva (UE) 2017/541 prevé la posibilidad del castigo de la apología cuando incite directa o *indirectamente* a la comisión de actos terroristas. De igual modo, la citada STC 116/2016 considera que el enaltecimiento del terrorismo merece sanción penal cuando, «aunque sea de manera indirecta», genere una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros, o para el propio sistema democrático. El origen inmediato de ese criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional está en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que fundó la constitucionalidad del delito de justificación del genocidio (en la versión del artículo 607.2 CP) en el efecto incitador que, indirectamente, podía generar: «[…] tratándose de la expresión de un juicio de valor (justificación del genocidio), sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el

legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión»[14].

¿Pero qué debe entenderse por incitación indirecta? Como he adelantado, en la interpretación que nuestro Tribunal Constitucional hace de ese criterio se encuentran trazas del *bad tendency test*, para el que basta con que la propagación del mensaje hostil o apologético pueda generar una tendencia a la emulación de actos ilícitos[15]. Concretamente, las citadas sentencias han equiparado esa incitación indirecta con la creación de una atmósfera o un clima que propicie esa tendencia genérica. La equiparación entre la incitación indirecta a la violencia con la creación de climas se refleja con claridad en la STC 112/2016[16]:

> «Incitar a la violencia supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo».

Y, a su vez, esa equiparación está ya presente en la STC 235/2007: en ella se legitima la sanción penal de la conducta de justificación del genocidio siempre que «[…] represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación»[17].

3. CLIMAS SOCIALES

3.1. PELIGRO ESTADÍSTICO

Como puede apreciarse, con este criterio de valoración ya no estamos ante la incitación a una situación inmediata de riesgo; por el contrario, entre el acto considerado incitador y el riesgo inminente de realización de conductas violentas o discriminatorias habría una instancia intermedia consistente en la creación de determinada atmósfera social de inestabilidad que sería la que, a su vez, podría dar lugar a la incitación de conductas peligrosas para bienes jurídicos.

Si intentáramos encajar esta estructura en las categorías clásicas, podríamos afirmar que, en contraste con la peligrosidad concreta que, de acuerdo con el *Brandenburg test*, se exige a la incitación directa para que sea considerada tal, en el caso de la incitación indirecta generada a través de esos «climas predelictivos» estamos, como mucho, ante un peligro estadístico basado en meras presunciones. En relación con este segundo tipo de incitación, Fuentes Osorio ha afirmado que «[…] se construye sobre una doble presunción: la conducta que manifiesta un ánimo aversivo puede crear climas de enemistad, hostilidad o antipatía; estos climas son predelictivos, es decir, pueden conducir a la producción de futuros delitos. Así, mediante este doble juicio de potencialidad causal (respecto a la hostilidad y al daño), se afirma que estadísticamente son conductas criminógenas que se asocian con la posterior realización de actividades delictivas o que poseen las características de estados que desencadenan estas conductas delictivas posteriores»[18].

Con arreglo a ese criterio, ya no será necesario afirmar (o probar) que la concreta acción es idónea para generar un riesgo a través de la incitación, sino que se parte de la presunción de que una determinada clase de conductas genera esa proclividad. El problema esencial estriba en que a través de este criterio resulta imposible diferenciar niveles de lesividad entre distintas modalidades típicas: así, atendiendo a las previstas en el artículo 510 CP, tan peligrosa será la incitación indirecta a la violencia como la *incitación directa o indirecta al odio*, puesto que (así se presume) también este último grupo de conductas puede generar ese «caldo de cultivo» predelictivo. De igual modo, mediante la aplicación de ese parámetro resulta imposible discriminar qué conductas de justificación del terrorismo —o enaltecimiento de sus autores— pueden generar ese efecto incitador, puesto que se parte de la presunción de que *toda* conducta con esas características contribuye a crear ese «caldo de cultivo» del que habla la STC 112/2016.

3.2. LA CREACIÓN DE CLIMAS COMO LESIVIDAD INHERENTE AL DISCURSO DE ODIO

Lo cierto es que, si hubiera que sintetizar en una sola imagen la lesividad inherente a los ilícitos expresivos, podríamos recurrir a la de la *creación de climas*. Más allá de los supuestos de incitación directa a la comisión de conductas delictivas, los autores que se han aproximado al fenómeno estiman que lo característico de las formas más conspicuas de discurso del odio sería el efecto consistente en la creación de una atmósfera difusa y fluida de rechazo o aversión hacia determinados grupos que, asentando estereotipos y modificando actitudes en la ciudadanía, podría llegar a producir efectos lesivos de diversa índole.

Así, de una parte, los textos internacionales sobre el discurso del odio destacan ese aspecto. Baste citar, a título ilustrativo, la Recomendación núm. 15 de la ECRI, que parte del siguiente presupuesto:

> «El discurso del odio perjudica a la sociedad en su conjunto. No solo tiene un impacto negativo en el carácter del discurso público. Es más importante el clima de hostilidad e intolerancia que genera, así como la predisposición a aceptar o excusar la discriminación y la violencia, que divide a la sociedad, socava el respeto mutuo y amenaza la coexistencia pacífica. Así se pone en riesgo el pluralismo que es un requisito esencial para una sociedad democrática».

Por otra parte, el propio artículo 510 CP se sirve igualmente de ese efecto como elemento del subtipo de la justificación del genocidio (art. 510.1 c) CP), así como para agravar la pena de los subtipos de la difamación colectiva (art. 510.2 a) CP) y de enaltecimiento o justificación de delitos de odio (art. 510.2 b) CP) cuando «[…] se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación»[19].

De igual modo, la doctrina ha destacado de modo reiterado que la tipificación del discurso del odio configuraría un «delito de clima»[20], y dicho efecto social ha sido vinculado por no pocos autores a un grado de lesividad suficiente para justificar la intervención del Derecho penal. Entre otros, esta concepción es asumida por Jeremy Waldron (2012), que

justifica la necesidad de recurrir a la respuesta penal en la necesidad de combatir la «contaminación» de la atmósfera social que genera el discurso de odio. Waldron está interesado en el *ambiente* que genera la visibilidad de los discursos hostiles y que resulta incompatible con una «sociedad bien ordenada». La visibilidad del odio a través del goteo constante de mensajes discriminatorios genera un «veneno de efecto retardado» que menoscaba progresivamente la seguridad y la confianza de los miembros de los grupos minoritarios en su estatus cívico como personas merecedoras de igual respeto y consideración[21]. Waldron configura el interés afectado por el discurso del odio como un bien colectivo: la confianza en que el igual estatus de ciudadanía constituye un «bien público» difusa y frágilmente vigente en la sociedad, pero esencial para todos, especialmente para aquellas personas pertenecientes a grupos marginados o minoritarios. En cierta medida, afirma Waldron, «[…] estamos hablando de un "bien ambiental" —la atmósfera propia de una sociedad bien ordenada—, así como de las formas en que ha de ser mantenida una cierta ecología del respeto, la dignidad y la confianza, y las formas en que puede ser contaminada»[22]. Ese carácter difuso del bien protegido conllevará, en consecuencia, formas difusas de lesión; en coherencia con el símil del medio ambiente, Waldron afirma que esa confianza en el reconocimiento como ciudadanos de pleno derecho se irá erosionando progresivamente con la acumulación «contaminante» de mensajes hostiles y discriminatorios[23]. Precisamente, las normas restrictivas del discurso del odio aspiran a garantizar la confianza en el respeto a la dignidad mediante el establecimiento de límites a las conductas o mensajes que puedan menoscabarla[24].

4. ¿PROTECCIÓN DE CLIMAS SOCIALES POR EL DERECHO PENAL?

4.1. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA «VIOLENCIA AMBIENTAL»

Introducida en la discusión jurídico-penal por Günther Jakobs en 1985, la categoría de los «delitos de clima» hace referencia a determinados delitos consistentes en actos comunicativos susceptibles de generar una atmósfera favorable a la comisión futura de hechos delictivos: el fundamento de su sanción se basaría en el hecho de que «[…] se crea un "clima" en el que pueden prosperar delitos de la misma índole que el que ha sido objeto de aprobación»[25]. La lesividad basada en la creación de climas presenta dos características. En primer lugar, el efecto inmediato de la acción comunicativa consiste en el fomento de *actitudes, emociones o sentimientos* en los ciudadanos, ya sea de subordinación (víctimas del odio), ya sea de dominación o identificación (potenciales infractores), que conformarán ese clima social. En segundo lugar, la producción de tales climas sociales presupone la *acumulación* de las expresiones de odio. Un solo acto expresivo de hostilidad carece de la entidad suficiente para crear ese clima social, y menos aún, por tanto, para generar el riesgo de realización de actos hostiles[26]. Tal como hemos visto, para Waldron el presupuesto de esa «contaminación» es ese «goteo continuo» de mensajes hostiles, y su lesividad la típica de un «veneno de efecto retardado».

Entendida de ese modo, la sanción penal del enaltecimiento o del discurso del odio como delito de clima a partir de esa incitación indirecta o mediata se sustenta en una justificación muy precaria, dado que no reúne los requisitos mínimos de legitimidad exigidos por un Derecho penal liberal. En particular, plantea muchas dudas a la luz del principio de lesividad, pues pretende justificar la condena de conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico y en función de una contribución a un daño remoto que, tomada individualmente, apenas posee potencialidad lesiva; pero también presenta serias dudas desde el prisma del principio de culpabilidad, dado que ese daño cumulativo presupone fundar la responsabilidad *ex iniuria tertii*[27].

No pocos autores han planteado si la complejidad social y tecnológica inherente a las actuales sociedades postindustriales y multiculturales exige adoptar criterios alternativos de responsabilidad para modular o matizar las exigencias derivadas de los principios de lesividad y culpabilidad. En el ámbito iusfilosófico, y en directa relación con el discurso extremo, Iglesias (2003) ha propugnado la necesidad de encontrar nuevos criterios de responsabilidad para el fenómeno que denomina «violencia ambiental», que se manifiesta especialmente en ámbitos como el terrorismo o la xenofobia y genera «[…] formas de violencia [que] no pueden ser adecuadamente comprendidas sin prestar atención a una amplia coyuntura de razones para la acción y actitudes compartidas que respalda, alienta, tolera o permite la producción de daños». Más específicamente, Iglesias sostiene que «[…] el germen de la violencia ambiental son aquellos contextos en los que las actitudes, emociones y creencias que un grupo de personas comparte determina negativamente su percepción de otras personas o grupos. La violencia ambiental se produce cuando estas actitudes compartidas acaban destruyendo, fruto de la propia dinámica colectiva y de su poder de transformación actitudinal, la capacidad de ponerse en lugar del otro o, incluso, de ver al otro como persona. En estos ámbitos de interacción social, el lenguaje altamente emotivo junto con la formación de estereotipos, patrones de conducta e imágenes despersonalizadas acaban generando un clima propicio para la producción de daños».

Iglesias reconoce que la violencia ambiental constituye un fenómeno complejo, por cuanto su «[…] núcleo principal son, más que acciones concretas, un cúmulo de actitudes e inclinaciones compartidas donde resulta muy difícil establecer relaciones causales con los daños que evaluamos jurídica y moralmente»[28], y afirma que la sanción de tales actos no encajaría en el esquema de responsabilidad del liberalismo, basado en la prioridad de la libertad de expresión y en el principio del daño[29]. Pese a ello, propone la necesidad de salir de ese esquema tradicional y de dotar de mayor relevancia moral —y, en su caso, jurídica— a las emociones y actitudes, y a su progresiva implantación social. La interacción grupal «[…] transforma el tipo de actitudes y convicciones que poseen los individuos y la fuerza con la que las mantienen y, por otra, facilita la producción de resultados lesivos a partir de crear climas propicios para la producción de daños»[30]. En relación con la dimensión grupal implicada en estas conductas, la autora realiza la siguiente observación: «Los sujetos, arropados por la dinámica grupal, pueden invertir la prioridad de valores, generar estereotipos, disminuir sus escrúpulos y sensibilidad moral, con lo que acaban realizando

actos que nunca hubieran emprendido sin la influencia del grupo. Esta estrecha relación entre el grupo y los actos de sus miembros torna insuficiente adoptar una dimensión estrictamente individual en el análisis y valoración de un resultado lesivo. En suma, las actitudes y razones, cuando son compartidas dentro de un grupo, tienen una trascendencia práctica difícil de negar. Tomar en serio este punto exige replantear la cuestión de la responsabilidad por los daños producidos en estos contextos»[31].

Extrapolada a la regulación jurídica, esa responsabilidad adoptaría la forma de «ilícitos cumulativos». A juicio de Iglesias, si se toma en serio la prevención del terrorismo o del racismo, dicha figura ha de ser perfectamente legítima: «Dado que estos ilícitos han sido pensados para daños a gran escala como los relacionados con el ecosistema, podríamos preguntar lo siguiente: si estamos dispuestos a aceptar la creación de ilícitos cumulativos para proteger el medioambiente, ¿no estaría incluso más justificado aceptarlos cuando lo que está en juego son daños a personas? ¿No resultaría chocante que, adoptando esta perspectiva, prohibiéramos arrojar una lata a un río y que no nos pareciera legítimo, por contra, hacer lo mismo en un caso como el de las expresiones xenófobas?»[32].

4.2. CRÍTICA A LA PROTECCIÓN DE CLIMAS SOCIALES

No comparto el planteamiento de Iglesias[33]. Disiento de la tesis según la cual el daño acumulativo constituye, sin más, un grado de lesividad suficiente para justificar el reproche penal y, en particular, discrepo de la idea de que pueda configurar un injusto penal en el ámbito de las conductas expresivas. A mi entender, la equiparación que Iglesias realiza entre los delitos contra el medio ambiente y el discurso del odio —y que, como vimos, estaba también presente en la propuesta de Waldron— es falaz al menos por las siguientes razones. Primero, porque en los daños medioambientales la contribución causal de cada acto, por mínimo que sea, al deterioro del medio ambiente es empíricamente demostrable, mientras que en el ámbito del discurso hostil la pretendida relación causal entre un insulto racista y la realización de actos de discriminación u hostilidad es imposible de acreditar empíricamente, dado que se basa en premisas de sentido común o en equiparaciones anacrónicas entre hechos históricos[34]. Segundo, porque, a diferencia de los delitos contra el medio ambiente, en el discurso del odio el efecto causal que se predica de la creación de climas presupone la intervención de la voluntad de personas libres como piezas de esa cadena causal[35]. Tercero, porque el efecto lesivo de cada acto contaminante es inmodificable una vez que ha acontecido, mientras que el efecto comunicativo de cada conducta expresiva, dada su naturaleza simbólica, puede ser contrarrestado con otros actos comunicativos (*counterspeech*). Cuarto, porque la realización de los actos contaminantes no está enmarcada en el ejercicio de derecho fundamental alguno, mientras que los actos expresivos propios del discurso del odio o el enaltecimiento conforman el contenido *prima facie* protegido de la libertad de expresión.

Esta última es, quizá, mi mayor discrepancia de fondo con los planteamientos de Iglesias. Para la autora, la justificación de la responsabilidad por actos que, cumulativamente, pueden conformar climas de opinión hostil hacia ciertos grupos presupone una reducción

del nivel de protección de la libertad de expresión. Sostiene, así, que el carácter preferente de la libertad de expresión en el liberalismo tradicional responde a la desconfianza ante la posibilidad de que el Estado pueda censurar a las minorías disidentes; pero, aun asumiendo que una sociedad democrática presupone que todos los individuos podrán ser escuchados, considera que «[…] cuando una sociedad, gracias a instrumentos como la libertad de expresión, alcanza este nivel cuantitativo de participación, también empieza a estar preparada para dar un salto cualitativo en su concepción de qué es lo que exige una comunidad de personas libres e iguales. Una vez hemos garantizado que todos tienen la posibilidad de participar, podemos trasladar nuestra preocupación a la cuestión de la calidad tanto de esta participación como de un debate entre personas que merecen igual consideración y respeto». Desde esta nueva perspectiva, concluye: «[…] la mera expresión ya no aparece como algo tan sacrosanto y resulta legítimo evaluar los discursos a partir de sus efectos subordinantes»[36].

Una de las mayores virtudes de la tesis de Iglesias Vila es precisamente que pone de manifiesto la necesaria correlación entre la represión de la creación de climas y el menoscabo de la libertad de expresión. Más allá de discrepancias de fondo sobre el papel que ha de jugar la libre expresión en las sociedades contemporáneas, considero que sus planteamientos incurren en una contradicción insalvable. Así, sostiene que es solo en aquellas sociedades en las que se ha alcanzado un elevado nivel cuantitativo de participación puede darse ese «salto cualitativo» y rebajar la protección de la libertad de expresión, pero al mismo tiempo reconoce que ese nivel cuantitativo de participación se alcanza «[…] gracias a instrumentos como la libertad de expresión». Si ello es así, la pretensión de atender a la «calidad» de la participación en la deliberación pública mediante la restricción de algunas de sus formas en atención a su contenido menoscabaría la propia base que faculta esa pretensión. A mi modo de ver, la restricción punitiva del discurso en función de su contenido pervierte el propio fundamento liberal de la libertad de expresión, pues pone en manos del Estado la decisión de qué opiniones pueden acceder a la esfera pública[37].

En este último aspecto radica el mayor problema de la justificación de la sanción del discurso del odio como «delito de clima». Dada la dificultad de acreditar la relación causal entre el acto comunicativo, la creación de un clima y la ulterior probabilidad de realización de conductas lesivas, la fijación de un estándar de lesividad que permita determinar el umbral de la relevancia penal deviene de antemano imposible, sin que fórmulas como la «alteración del orden público» o la «perturbación de la paz pública» —a las que nuestro legislador recurre, por ejemplo, para conformar la modalidad agravada del artículo 510.4 CP— sirvan, dada su enorme abstracción, como cláusulas restrictivas de la lesividad[38]. La consecuencia de esa «puerta abierta al decisionismo»[39] es que, al asumir como punto de partida la *presunción* de que toda expresión apologética del terrorismo o toda manifestación de desprecio puede contribuir, en mayor o menor medida, a la creación de esos climas[40], terminará sancionándose la mera manifestación de opiniones. Si nos tomamos en serio las propuestas de Waldron, por ejemplo, debería sancionarse la mera utilización de epítetos peyorativos hacia las minorías, o la difusión de la pornografía entre adultos, pues en ambos casos se «contamina» la atmósfera propia del «orden digno de la sociedad»[41]. Suscribiendo

la afirmación de Jakobs, puede decirse que la tipificación de esos delitos descansa «[…] o bien en la necesidad de una pena de sospecha, o bien en la confusión de la manifestación de una opinión hostil hacia el bien jurídico con un quebrantamiento del Derecho». Como concluye el autor, «[…] en cualquiera de los casos, el fundamento no resiste en un régimen de libertades»[42].

Quedémonos en Jakobs. Desde la concepción del autor alemán, la prohibición penal del discurso del odio constituiría una «norma de flanqueo» «[…] cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales»[43]. La finalidad de la caracterización de las normas prohibitivas del discurso del odio como delitos de clima radicaría en el reforzamiento comunicativo de las propias normas que prohíben la discriminación o la realización de actos de hostilidad y violencia. En este sentido, Jakobs afirma que «[…] en los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales»[44]. La difusión de insultos racistas, pero también de mensajes que proclaman que los inmigrantes ilegales no deben ser atendidos en urgencias médicas o que sus hijos no deben recibir una educación pública, etc. no infringiría directamente una norma antidiscriminatoria, pero sí *debilitaría* socialmente la vigencia de tales normas antidiscriminatorias tanto desde la óptica de los miembros de grupos vulnerables, que verían socavada la confianza en recibir un trato equitativo, como desde la óptica de los potenciales infractores, quienes podrían terminar asignando menor valor axiológico a los preceptos antidiscriminatorios.

De igual modo, el delito de enaltecimiento se configura como una norma de flanqueo: en la medida en que comunican simbólicamente la legitimidad de los actos terroristas, las conductas apologéticas del terrorismo debilitan la vigencia de las normas principales que prohíben tales conductas lesivas. La finalidad de su prohibición es, por tanto, anular comunicativamente ese mensaje y reforzar, con ello, la vigencia moral y política de la prohibición del terrorismo[45].

Pero es precisamente la existencia de tales normas de flanqueo lo que, en términos democráticos, reduce la legitimidad de las normas principales. Acudamos, a este respecto, a los planteamientos de Ronald Dworkin. De modo semejante a la relación entre estratos normativos planteada por Jakobs, el autor norteamericano distingue entre las normas que prohíben actos lesivos o discriminatorios contra determinadas minorías (que podemos llamar normas de primer orden) y las que prohíben el discurso hostil sobre el estatus social o jurídico de esas minorías (normas de segundo orden). La legitimidad democrática presupone que todos hayan gozado de la oportunidad de intervenir en el debate público y de configurar, a través de ese debate, el contenido de las normas de primer orden. «La política y las leyes de una comunidad —sostiene Dworkin— vienen determinadas antes por el ambiente moral y cultural, formado por la mezcla de las opiniones, prejuicios, gustos y actitudes de la gente, que por editoriales de prensa o discursos de partidos políticos. Resulta ilegítimo imponer una decisión colectiva a alguien a quien no se ha permitido contribuir a ese ambiente moral con la expresión de modo informal de sus convicciones o

prejuicios políticos o sociales». En definitiva, el precio de restringir la libertad de expresión de aquellos cuyo discurso aborrecemos sería, siempre, el debilitamiento de la legitimidad política[46]. La prohibición del discurso del odio o del enaltecimiento mediante las normas de segundo orden censura la deliberación pública sobre aspectos relativos a la justificación de las normas de primer orden, restringiendo con ello las posibilidades de que determinadas voces puedan intervenir en dicho proceso de deliberación y menoscabando, por tanto, la legitimidad democrática de las normas de primer orden[47].

A diferencia de la concepción de Iglesias, para Jakobs —y para Dworkin— la legitimidad del castigo de los «delitos de clima» resultaría muy precaria en un Estado de libertades[48]; como afirma el autor alemán «[…] la justificación de la protección del clima solo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, en relación con tiempos de crisis de legitimación, en los que se tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar de un modo tanto más intenso su restablecimiento»[49]. El presupuesto de la estabilidad social es decisivo: la protección penal frente a climas de opinión contrarios a los valores compartidos no es justificable en democracias estables como la española[50], en las que los actos aislados de odio carecerán de la capacidad necesaria para generar el caldo de cultivo que provoque un cambio actitudinal en la ciudadanía y en las que existen otros instrumentos para combatir la intolerancia y fomentar el refuerzo de la vigencia de las normas de primer orden.

5. ¿PROTECCIÓN DE VALORES?

La radical indeterminación del criterio de la creación de climas permite concluir que lo que en última instancia explica el castigo de muchas formas de discurso del odio, y del enaltecimiento del terrorismo, es la protección de la moral social —entendida como el conjunto de valores que definen, social e institucionalmente, la comunidad política— y que, en consecuencia, la finalidad de las normas penales es reafirmar la vigencia de tales valores[51]. La ilicitud de la conducta se funda realmente en el riesgo de creación de *climas de opinión* que conllevaría toda manifestación hostil, sancionándose, por consiguiente, la mera difusión de ideas o de propuestas ideológicas contrarias a los valores más arraigados en la comunidad política[52].

Ese fundamento puede revestirse del lenguaje de las ofensas, en la medida en que las conductas que contradigan frontalmente el consenso valorativo son susceptibles de generar sentimientos de profunda indignación o desagrado. No obstante, el merecimiento de pena no se justificaría por esos efectos individuales —es decir, por las sensaciones físicas de desagrado o indignación—, sino por la desautorización simbólica de los valores institucionalizados y el riesgo correlativo de que esa visión alternativa de sociedad pueda llegar a impregnar el tejido social y debilitar el consenso valorativo. Por ello, a fin de no caer en mistificaciones, la pregunta que debemos plantearnos es si resulta legítimo castigar conductas carentes de toda lesividad con el solo fin de reforzar comunicativamente los

valores mayoritarios y que colectivamente nos definen como sociedad. Es decir, si —como nos preguntábamos al inicio de este trabajo— cabe castigar la mera difusión de opiniones execrables.

Desde esta óptica, la dimensión comunicativa inherente al discurso extremo queda despojada de los potenciales daños y termina reducida a una perspectiva meramente simbólica. Lo que termina por considerarse ilícito es el propio contenido del mensaje, la mera opinión manifestada, tan pronto contradiga valores arraigados en la comunidad política. En palabras del Tribunal Supremo, el discurso del odio debe reprimirse penalmente porque atenta contra «[…] el modelo de convivencia trazado por nuestra Constitución»[53], porque hiere «[…] los sentimientos comunes de la ciudadanía» y porque «[…] contiene un mensaje de odio que por sí mismo es contrario a la convivencia»[54]. En esta comprensión de los delitos de expresión, los efectos lesivos u ofensivos de la concreta conducta dejan de ser un factor relevante: el propio contenido del mensaje constituye un *malum in se* no bien contradice los valores plasmados en los textos legales o constitucionales[55]. Todo lo más, el efecto que se predica del mismo es puramente simbólico y retórico: una manifestación racista o xenófoba cuestionaría comunicativamente el valor de la igualdad, debilitando su vigencia social, de igual modo que un acto de apología cuestionaría el rechazo compartido del terrorismo y la violencia que lo sustenta.

Si eso es lo que caracteriza la ilicitud del discurso del odio y el enaltecimiento, lo que se pretende mediante el recurso al *ius puniendi* ya no es, por tanto, prevenir y reaccionar frente a daños concretos e inminentes, sino únicamente contrarrestar simbólicamente el mensaje intolerante. El fundamento de la ilicitud de la conducta termina siendo, así, precisamente aquello que caracteriza el ejercicio de la libertad de expresión: el *riesgo de la persuasión* que pueden conllevar las opiniones contrarias a los valores compartidos, la posibilidad de que determinados ciudadanos puedan ser convencidos de las bondades de la intolerancia.

6. OTRA LECTURA DE LA INCITACIÓN INDIRECTA: DE NUEVO STRAWBERRY Y ERKIZIA

Tomando en consideración lo expuesto hasta aquí, cabe concluir que la interpretación del delito de enaltecimiento como un delito de clima debe ser rechazada por su directa colisión con el contenido protegido de la libertad de expresión. Acoger la figura de la «incitación indirecta» como cláusula exegética de lesividad para identificarla después con la mera contribución a la creación de climas de opinión intolerante —tal como hace nuestro Tribunal Constitucional— pervierte el presupuesto del que se parte con dicha figura, que no debería ser otro que limitar la sanción penal a los supuestos en los que la conducta expresiva genera un riesgo idóneo de incitación a la comisión de actos lesivos.

Si nos tomamos en serio la exigencia de que el enaltecimiento debe constituir una forma de *incitación*, también en el supuesto de la incitación *indirecta* habrá que acre-

ditar que la conducta expresiva genera un riesgo concreto de comisión futura de actos terroristas. De ese modo, la referencia al carácter indirecto o mediato ha de referirse al contenido retórico del mensaje, pero sin que deban existir diferencias muy relevantes en cuanto a su potencialidad incitadora[56]. En este sentido, la incitación directa se dará cuando la finalidad incitadora quede reflejada de modo expreso e inequívoco en el propio contenido del mensaje («¡Hay que incendiar la casa del comerciante de trigo!»), y la incitación indirecta tendrá lugar en los casos en que la llamada a cometer actos delictivos se halle implícita en el contenido del mensaje, al estar retóricamente envuelta en un discurso apologético, justificativo o enaltecedor de actos delictivos pasados («¡Qué bien hicieron quienes incendiaron la casa del comerciante de trigo!»). Pero tanto en uno como en otro caso la conducta expresiva ha de ser adecuada para generar en otros la decisión de realizar con cierto grado de inmediatez actos delictivos —de terrorismo—, y el juicio sobre esta idoneidad exigirá ir más allá del contenido del mensaje y atender al contexto en el que el mismo se profiere. Adicionalmente, junto a la la exigencia objetiva de un peligro claro y de cierta inminencia, será preciso acreditar la finalidad de generar en otros la decisión de delinquir.

6.1. LA STC 35/2020, DE 25 DE FEBRERO Y LA FINALIDAD DE INCITAR

Dos sentencias recientes permiten acoger esa concepción del enaltecimiento. De una parte, la STC 35/2020, de 25 de febrero, que otorgó el amparo a César Strawberry y anuló la condena impuesta por la STS 4/2017, de 18 de enero; de otra, la STEDH *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 de junio de 2021.

La concurrencia del requisito subjetivo al que se ha hecho referencia arriba fue enfatizada con especial claridad por la primera de las sentencias citadas. En ella, el Tribunal Constitucional reprochó a la Sala Segunda que considerara irrelevante ponderar cuál fue la intención del recurrente al emitir sus mensajes a la luz de su perfil público y trayectoria profesional como artista. En contraste, máximo intérprete de la Constitución subrayó que la posición central que ostenta la libre expresión en el sistema democrático impone que el enjuiciamiento sobre la limitación (penal) de toda conducta expresiva debe estar presidido por «[…] la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos» que rodean su realización. En particular, destacó que la intención con la que se profiere «[…] resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho».

Dicho elemento subjetivo resulta, pues, esencial para delimitar con claridad las conductas amparadas por la libertad de expresión de las conductas ilícitas. Con arreglo a la posición del Tribunal Constitucional —coincidente, en este aspecto, con los instrumentos de *soft law* más garantistas del derecho fundamental[57]—, el delito de enaltecimiento (así como el de humillación a las víctimas) presupone actuar con la finalidad de incitar a la

comisión de actos ilícitos (o de humillar); *a contrario sensu*, cuando la conducta esté presidida por una intención irónica, provocadora o sarcástica —así como, en general, cuando pueda concluirse que la intención principal del actor es participar en el debate político o ideológico—, habrá de excluirse la tipicidad de la conducta, so pena de menoscabar el contenido protegido del derecho o de generar un efecto desaliento que derive en una sanción desproporcionada. En particular, ante condenas como la de los casos *Strawberry o Cassandra,* o, más allá del enaltecimiento, ante la reciente acusación y juicio al cómico David Suárez —finalmente absuelto— por un chiste subido a Twitter, es preciso poner de relieve la necesidad de ponderar con especial rigor la utilización de la sátira como vehículo de ejercicio de la libertad de expresión y de creación artística. En este sentido, la STEDH *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, de 25 de enero de 2007, destaca que «[…] la sátira es una forma de expresión artística y de comentario social y, por su componente inherente de exageración y distorsión de la realidad, naturalmente pretende provocar y agitar. En consecuencia, cualquier interferencia con el derecho del artista a esa forma de expresión debe ser sometida a un escrutinio estricto».

6.2 LA STEDH *ERKIZIA ALMANDOZ C. ESPAÑA* Y LA EXIGENCIA DE UN CONTEXTO DE RIESGO

El reciente pronunciamiento de Estrasburgo sobre el caso *Erkizia* impone asimismo una interpretación del artículo 578 CP distinta de la que había asumido nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 112/2016. De acuerdo con la decisión del TEDH, el castigo por el delito de enaltecimiento exige algo más que la mera contribución a una atmósfera de opinión favorable al terrorismo. Aunque los criterios de ponderación a los que recurre el TEDH no son todo lo exigentes que, a mi juicio, sería deseable —son menos estrictos, por ejemplo, que los recogidos en el Plan de acción de Rabat—, sí imponen un análisis más riguroso del contexto de actuación a fin de determinar la existencia de un riesgo de incitación, lo que debiera llevar a una mayor exigencia de lesividad que la que asume la jurisprudencia española con pronunciamientos como el del caso *Pablo Hasél* (STS 135/2020)

Así, partiendo de los criterios desarrollados especialmente en *Perinçek c. Suiza*, STEDH de 15 de octubre de 2015, la sentencia *Erkizia Almandoz c. España* establece los siguientes criterios de enjuiciamiento:

En primer lugar, es preciso analizar si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso. Cuanto mayor sea el grado de tensión o alteración sociopolítica, mayor será la capacidad incitadora del discurso enaltecedor.

En segundo lugar, la interpretación del mensaje emitido —y, con ella, de su potencialidad incitadora— tiene que llevarse a cabo necesariamente a partir del contexto en el que se profiere.

En tercer lugar, el TEDH tiene en cuenta la forma en que se emiten las declaraciones y su capacidad intrínseca de generar efectos lesivos. Así, no es equiparable la manifestación

de un mensaje hostil a través de una poesía que a través de propaganda electoral, de igual modo que debe valorarse de modo distinto que los mensajes de odio o de enaltecimiento se enmarquen en un debate televisado en el que puedan escucharse voces discrepantes que en un mitin ante un auditorio ideológicamente uniforme[58].

Aplicando estos criterios al caso concreto, y tras asumir que el discurso de Erkizia se enmarcaba en un debate público y de interés general, el Tribunal afirma en primer lugar que las declaraciones del demandante se realizaron en un contexto político y social tenso, pues la organización terrorista ETA todavía estaba activa. No obstante, y en relación con el segundo criterio, la Sala estima que, leído en conjunto, el discurso no incitaba al uso de la violencia o a la resistencia armada ni directa ni indirectamente, por más que en algunas de sus manifestaciones hubiera cierto grado de ambigüedad. El Tribunal tiene en cuenta, en particular, que el demandante abogaba por acudir a una vía democrática para alcanzar los objetivos políticos de la izquierda abertzale. Y en relación con el tercer criterio, el Tribunal observa que el demandante vertió oralmente sus declaraciones en un acto al que asistieron partidarios del movimiento independentista vasco, concluyendo que la forma en que pronunció su discurso no tenía capacidad alguna de causar daño.

Más allá del planteamiento del Tribunal de Estrasburgo, y de la vaguedad de tales criterios de valoración[59], a mi modo de ver la figura del enaltecimiento del terrorismo solo debería castigarse cuando en ella anide la potencialidad lesiva a la que vengo aludiendo, consistente en la capacidad de incitar a la realización de actos terroristas con un cierto grado de inminencia[60]. Dicho de otro modo, debe dejar de concebirse como un ilícito ofensivo o un delito de clima para entenderse como una modalidad de incitación a actos lesivos.

Ahora bien, resulta muy discutible que la actual regulación legal admita una interpretación —por vía de reducción teleológica— que limite el ámbito típico a los casos de incitación idónea e inminente, dado que su tenor literal carece de cláusulas de lesividad que permitan acomodar dicha exégesis restrictiva[61]. Por más que esta interpretación se impusiera en la jurisprudencia, la amplitud del tenor literal vigente seguiría permitiendo el enjuiciamiento de raperos, tuiteros y titiriteros, con el consiguiente efecto desalentador del ejercicio de la libre expresión. En este sentido, no le falta razón al juez Lemmens, que en su voto concurrente a la sentencia *Erkizia Almandoz c. España* destaca que el problema no reside tanto —o no solo— en la aplicación del precepto que se hizo en el caso concreto, sino en la propia ley. Así, sostiene que «[…] la disposición mencionada es demasiado amplia en términos del artículo 10 de la Convención. Tipifica como delito el enaltecimiento o la justificación del terrorismo, sin exigir que la opinión expresada pueda considerarse incitación a la violencia». Y acto seguido manifiesta que «[…] hubiera preferido que el Tribunal afirmara explícitamente que el problema de la injerencia desproporcionada tiene su origen en la propia ley», aunque confía en que «[…] las autoridades competentes del Estado demandado deberán extraer todas las consecuencias de la condena que el Tribunal ha realizado en esta sentencia». La consecuencia más

respetuosa con la libertad de expresión sería derogar la actual regulación del delito de enaltecimiento.

NOTAS

1. Sobre los fundamentos de la libertad de expresión, me permito remitir a Alcácer Guirao (2020: 85 ss.).

2. Como ya en 1984 manifestaban Cobo del Rosal y Vives Antón (1984: 605, n. 84), la apología «[…] o incita al delito, o es una simple manifestación de discrepancia».

3. Como señala Cancio Meliá (2019: 926), «[…] la *praxis* mayoritaria y algún sector de la doctrina consideran que la infracción se pena por sí misma, retrospectivamente, no por su potencial futuro […] se castiga, entonces, como *offense* (y no como *harm*)». En sentido similar, Gómez Martín (2021: 246 ss.).

4. Para una crítica de la última sentencia citada, *vid.* Dopico Gómez-Aller (2021).

5. Alcácer Guirao (2020: 42 ss.).

6. Así, Bernal del Castillo (2016: 14 ss.); y Galán Muñoz (2018: 275 ss.).

7. Bernal del Castillo (2016: 20-21).

8. Sobre ello, Alcácer Guirao (2020: 23 ss.).

9. Cancio Meliá (2019: 926) afirma que lo que se castiga es la mera infracción de un tabú social; *vid.*, asimismo, Llobet Anglí (2021: 481) con cita de Carbonell Mateu.

10. El conocido criterio del *clear and present danger* fue esbozado por primera vez por el juez Oliver Wendell Holmes en la sentencia *Schenck vs. United States* (249 U.S. 47 [1919]) y sería consolidado años después en la sentencia del caso *Brandenburg vs. Ohio* [395 U.S. 444 (1969)]. Sobre ello, *vid.* Alcácer Guirao (2020: 63 ss. y 221 ss.).

11. Mill (1997: 127).

12. Si bien su origen se remonta a decisiones anteriores, las sentencias más representativas son *Schenck vs. United States* [249 U.S. 47 (1919)], *Debs vs. United States* [249 U.S. 211 (1919)], *Abrams vs. United States* [250 U.S. 616 (1919)] o *Gitlow vs. New York* [268 U.S. 652 (1925)]. Sobre ello, Alcácer Guirao (2020: 55 ss.). Sobre las similitudes y diferencias entre ambos criterios de enjuiciamiento, puede verse Tribe (21988: 841 ss., y 843); y Sottiaux (2011: 46 ss.).

13. En el mismo sentido, Presno Linera y Teruel Lozano (2017: 31), que sostienen que con dicho criterio no se asumía «[…] la concurrencia de un nexo causal entre las expresiones y un concreto efecto nocivo; bastaba con que del contenido del mensaje se pudiera extraer la idoneidad del mismo para producir esos resultados, al margen de que realmente dicha consecuencia fuera la querida en el asunto objeto de enjuiciamiento». Se muestran también críticos Rodríguez Montañés (2012: 317); y Teruel Lozano (2018*a*: 13 ss.), autor, este último, que afirma: «Al final, si no hay certeza e inminencia, el juicio de peligrosidad abre la puerta a la arbitrariedad judicial y aboca a que se termine castigando un discurso por que "parezca" peligroso; no por sus efectos, sino por cómo "suene"» (*Ibídem:* 36-37).

14. La STC 235/2007 fue invocada por el Tribunal en el Auto 4/2008, de 9 de enero, para inadmitir el recurso de amparo interpuesto por De Juana Chaos contra la condena impuesta por enaltecimiento del terrorismo. Tras la cita del pasaje de dicha sentencia que hemos reproducido en el texto, el Tribunal argumenta en estos términos: «Esta provocación indirecta a la violencia es constatable en el escrito que originó la condena de su autor. Como ya ha quedado expresado por referencia a la motivación de la Sentencia recurrida, en el mismo se concitan tanto una consideración positiva de la conducta de los presos de ETA en cuanto a los execrables hechos que les llevaron a tal situación penitenciaria, al afirmar que están secuestrados por un sistema autoritario y que no se resocializan porque tienen razón, como la ya analizada expresión que amenaza de un modo creíble con una conducta violenta a determinados colectivos que están relacionados con el encarcelamiento de aquellos presos. La justificación de quienes actuaron con extraordinaria violencia en relación precisamente con esta actuación violenta y la adición a la misma de una expresión amenazante permiten afirmar que el escrito contiene la provocación a la violencia, siquiera indirecta, pero referida a la comisión de gravísimos delitos, que impide su cobertura en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión».

15. Así lo afirma también Teruel Lozano (2018*a*: 29).

16. Ya antes de la citada sentencia, algunas voces doctrinales se servían de la fórmula de la incitación indirecta para interpretar el artículo 578 CP, equiparándolo a una suerte de *Klimadelikt. Vid.*, al respecto, en sentido crítico, Alonso Rimo (2010: 56), para quien «[…] se requiere un elemento incitador, pero de nuevo se trata aquí de un parámetro de dudoso alcance limitador del tipo, por cuanto semejante incitación indirecta —comprendido aquí este último término en un sentido equivalente a débil o de segundo grado— se entiende referida a la creación de una (nebulosa) «atmósfera social» y resulta en la práctica muy difícil de concretar». *Vid.*, en la misma línea, Teruel Lozano (2018*b*: 11).

17. En este sentido, y a partir de una interpretación similar de la STC 235/2007, Galán concluye que «[…]de este modo, habrá que pasar a considerar a esta figura [la justificación del genocidio] como un ejemplo de lo que se ha venido a denominar como "delitos de clima"; unos delitos que castigan una modalidad de incitación indirecta de tal delito» (Galán Muñoz, 2018: 282).

18. Fuentes Osorio (2017: 10-11).

19. Ciertamente, la deplorable técnica legislativa empleada no ayuda a clarificar la exégesis del precepto. Si la creación de climas de «hostilidad u odio» se utiliza como causa de agravación, debiéramos concluir que conductas como la difamación colectiva o el mero enaltecimiento de delitos de odio ni siquiera precisan de la creación de ese efecto social.

20. Sumner (2009: 209 ss.); Cueva Fernández (2012: 452); Gómez Martín (2013: 83); Teruel Lozano (2015: 502); heinze (2016: 138); Fuentes Osorio (2017: 10 y 20); y Galán Muñoz (2020: 46).

21. Waldron (2012: 65-68; 81 y 85).

22. *Ibídem*: 96.

23. *Ibídem*: 94.

24. *Ibídem*: 94-95.

25. Jakobs (1997: 314), aludiendo a delitos —la incitación al odio racial— en los que el Código Penal suele establecer la cláusula de lesividad relativa a la «idoneidad para alterar la paz pública». Sobre ello, *vid.*, también, Landa Gorostiza (1999: 320 ss.); y Gómez Martín (2013: 83).

26. Fuentes Osorio (2017: 20 ss.).

27. Baker y Zhao (2013: 653); Simester y Von Hirsch (2014: 127); Teruel Lozano (2018*a*: 36); Galán Muñoz (2020: 47). Sobre las discordancias del daño acumulativo con los principios garantistas del Derecho penal, *vid.,* ampliamente, Silva Dias (2003: 464 ss.).

28. Iglesias Vila (2003: 2).

29. *Ibídem*: 2.

30. *Ibídem*: 9.

31. *Ibídem*: 9-10.

32. *Ibídem*: 14.

33. Sobre las siguientes consideraciones, remito a Alcácer Guirao (2020: 254 ss.).

34. Critican la dificultad —o imposibilidad— de acreditar la relación causal en este ámbito Simpson (2013: 723); Baker y Zhao (2013: 647); y Teruel Lozano (2005: 503), oponiendo una causalidad de base empírica de orden material o natural a una causalidad sustentada en una base sociopolítica Heinze (2016: 138) y Fuentes Osorio (2017: 22).

35. De acuerdo con Simester y Von Hirsch (2014: 115), «[…] quienes realizan conductas ofensivas no dañan directamente, sino que solo ayudan a generar las condiciones sociales por las que otros puedan decidir causar daños. El daño resultante, en otras palabras, depende de decisiones interpuestas por otros […] Normalmente, ese daño remoto, cuando es finalmente causado autónomamente por otros, no proporciona una razón que justifique que el acto originario es ilícito y por tanto no proporciona base suficiente para su criminalización».

36. Iglesias Vila (2003: 14-15).

37. Ampliamente sobre ello, *vid.* Alcácer Guirao (2020: 150 ss.).

38. Laurenzo Copello (1996: 238); Teruel Lozano (2005: 455 ss.); y Fuentes Osorio (2017: 20 ss.).

39. Fuentes Osorio (2017: 22) destaca que ese tipo de argumentos «posibilita la sanción de cualquier comportamiento».

40. En este sentido, Teruel Lozano (2005: 504-505); Fuentes Osorio (2017: 13 y 20 ss.); y Portilla Contreras (2015: 390), quien manifiesta que la sanción de ese tipo de conductas representa simplemente la censura de opiniones que pudieran llegar a ser el germen de actos preparatorios relativos a la discriminación.

41. El propio Waldron (2012: 89 ss.) pone de relieve las enormes similitudes de su posición sobre el discurso del odio con las sostenidas por Catharine MaCkinnon sobre la pornografía.

42. Jakobs (1997: 320).

43. *Ibídem*: 324. En sentido similar al del texto, Dopico Gómez-Aller (2004: 166). *Vid.*, también, Fuentes Osorio (2017: 21).

44. Jakobs (1997*:* 314).

45. Como afirman Cancio Melía y Díaz López (2019: 181), el enaltecimiento no es *per se* un delito de terrorismo, sino un delito referido al terrorismo. Cuando más se aleje su interpretación de la incitación directa, más clara será su naturaleza de norma de flanqueo.

46. Dworkin (2009: v ss).

47. *Ibídem*: ix. Sobre la concepción del autor norteamericano, *vid.* Alcácer Guirao (2020: 93 ss.).

48. Destaca el autor citado que «[…] del paralelismo establecido con la omisión de socorro se deriva solamente la modalidad de la prestación a realizar —un sacrificio especial—, pero no la legitimación para la exigencia de tal prestación: la norma que sanciona la omisión de socorro exige una acomodación a una situación de necesidad que solo llega a ser requerida en casos aislados; en las normas que protegen un clima se trata por el contrario de una acomodación del comportamiento que se ha de producir por principio en determinados ámbitos» (Jakobs, 1997: 321).

49. *Ibídem*: 321-322. Merece ser destacada la semejanza entre esas tesis de Jakobs y los planteamientos de Rawls. *Vid*., especialmente, Rawls (1996: 103).

50. Alcácer Guirao (2020: 215 ss.).

51. En sentido parcialmente coincidente, Fuentes Osorio (2017: 31 ss.).

52. Como destaca Smolla (1992: 72), «[…] la expresión ofensiva a la moral comunitaria es a menudo entendida como una suerte de polución, contaminando el ambiente moral de igual modo que un vertido de petróleo contamina el medio ambiente físico».

53. Laurenzo Copello (1996: 239).

54. STS 72/2018, de 9 de febrero.

55. *Vid.* Heinze (2016: 153 ss.).

56. En sentido similar, Alonso Rimo (2010: 65).

57. En particular, el Plan de Acción de Rabat («Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia», adjunto al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas A/HRC/22/17/Add.4, de 11 de enero de 2013) exige igualmente la intención de incitar a la violencia o a actos ilícitos como condición para justificar la sanción de una conducta expresiva, advirtiendo explícitamente que la imprudencia y negligencia no son suficientes para que la conducta adquiera relevancia penal. Sin embargo, este es uno de los aspectos donde la Recomendación núm. 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) se aparta de tal criterio, estableciendo que la intención no es un *requisito sine qua non* y que deben castigarse también, como actos constitutivos del discurso de odio imprudente, los supuestos en los que quepa esperar razonablemente que del acto comunicativo pueda producirse la comisión de actos delictivos.

58. Semejantes ejemplos pueden verse en *Perinçek c. Suiza,* § 207.

59. Es especialmente interesante, en este sentido, el voto concurrente del juez Lemmens, quien critica la vaguedad de los criterios del TEDH en los siguientes términos: «Me parece que la mayoría, al valorar las decisiones de los tribunales nacionales, utiliza en algunos lugares de la sentencia una terminología ambigua que podría dar lugar a interpretaciones no conformes con las exigencias del Convenio […] sería mejor evitar dar la impresión de que la "justificación" de la violencia (o el odio o la intolerancia)

es una tercera categoría de discurso que puede justificar una reacción de las autoridades, además de los llamamientos a la violencia y el discurso del odio».

60. Así lo ha propuesto también, por ejemplo, el Grupo de Estudios de Política Criminal, con la siguiente sugerencia de redactado alternativo del artículo 578 CP:

> «Artículo 578.1. La incitación pública y directa a la comisión de cualquiera de los delitos señalados en los artículos 572 a 577, la justificación o el enaltecimiento públicos de estos delitos o de sus autores, siempre que por su naturaleza y circunstancias constituyan una incitación directa a cometer uno de estos delitos, serán castigados con una pena de 1 a 3 años de privación de libertad cuando genere con ello un riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos […]».

61. En este sentido, entre otros, Cuerda Arnau (2007: 107).

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2020): *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías,* Madrid: Marcial Pons.

ALONSO RIMO, Alberto (2010): «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de derecho Penal y Criminología*, 4, 13-80.

BAKER, Dennis y Lucy X. ZHAO (2013): «The Normativity of Using Prison to Control Hate Speech: The Hollowness of Waldron's Harm Theory», *New Criminal Law Review*, 16(4), 621-656.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (2013): «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como firmas del "discurso del odio"», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 16, 13-44.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2019): «Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación», en *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid: UAM, 925-946.

CANCIO MELÍA, Manuel y Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ (2019): *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?,* Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.

COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN (1984): *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.

CUERDA ARNAU, María Luisa (2007): «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», en: *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial* 128, Madrid: CGPJ, 82-122.

CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo (2012): «El "discurso del odio" y su prohibición», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 437-456.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2004): «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57(1), 143-173.

– (2011): «El segundo "caso Pablo Hasél"». *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad,* 20, 393-414.

DWORKIN, Ronald (2009): «Foreword», en I. Hare y J. Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford: Oxford University Press.

FUENTES OSORIO, Juan Luis (2017): «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-27.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso (2018): «El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXVIII, 245-304.

– (2020): «Delitos de odio, discurso de odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural», *Revista penal*, 46, 41-66.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2013): «*Fighting words, Auschwitz Lüge* y libertad de expresión», *InterseXiones* 4, 77-122.
– (2021): «Daño, ofensa y discurso de odio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Extra,1, dedicado al Protocolo I. Crisis del Derecho penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y Tendencias), 235-256.
GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019): *Una propuesta alternativa a los delitos de expresión*, Valencia: Tirant lo Blanch.
HEINZE, Eric (2016): *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford: Oxford University Press.
IGLESIAS VILA, Marisa (2003): «Violencia ambiental, liberalismo y responsabilidad», *SELA* (*Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*), Paper 21 [en línea] <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/21>.
JAKOBS, Günter (1997): «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: UAM-Civitas, 293-324.
LANDA GOROSTIZA, Jon M. (1999): *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao: Universidad del País Vasco.
LAURENZO COPELLO, Patricia (1996): «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos* 19, 219-288.
LLOBET ANGLÍ, Mariona (2021): «Discurso terrorista y libertad de expresión. Comentario a la luz de la Sentencia del TEDH de 22 de junio de 2021 (*Erkizia Almandoz c. España*)», *Indret* 4, 471-506.
MILL, John Stuart (1997): *Sobre la libertad,* Madrid: Alianza editorial.
PAREKH, Bhikhu (2012): «Is There a Case for Banning Hate Speech?", en M. Herz y P. Molnar (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge: Cambridge University Press, 37-56.
PORTILLA CONTRERAS, Guillerno (2015): «La represión penal del "discurso del odio"», en J. Álvarez García *et al.* (dirs.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. Delitos contra la Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch, 379-412.
PRESNO LINERA, Miguel Ángel y Germán TERUEL LOZANO (2017): *La libertad de expresión en América y Europa*, Lisboa: Juruá editorial.
RAWLS, John (1996): *Sobre las libertades,* Barcelona: Paidós (1ª reimpr.).
RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.
SILVA DIAS, Augusto (2003): «¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la "(in)capacidad de resonancia" del Derecho penal con la figura de la acumulación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 56(1), 433-470.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús María ([3]2011): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer.
SIMESTER, Andrew P. y Andreas VON HIRSCH (2014): *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalization*, Oxford: Hart Publishing.
SIMPSON, Robert M. (2013): «Dignity, Harm and Hate Speech», *Law and Philosophy*, 32, 701-728.
SMOLLA, Rodney (1992): *Free Speech in an Open Society*, Nueva York: Knopf.
SOTTIAUX, Stefan (2011): «"Bad Tendencies" in the ECtHR's "Hate Speech" Jurisprudence», *European Constitutional Law Review*, 7(1), 40-63.
SUMNER, L. Wayne (2009): «Incitement and The Regulation of Hate Speech in Canada: A philosophical Analysis», en I. Hare y J. Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 204-220.
TERUEL LOZANO, Germán (2015): *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
– (2018*a*): «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología* 114, 13-45.

– (2018*b*): «Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo», *InDret*, 3.
TRIBE, Laurence (21988): *American Constitucional Law*, Nueva York: Foundation Press.
WALDRON, Jeremy (2012): *The Harm in Hate Speech*, Harvard: Harvard University Press.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEFERENTE EN MATERIA PENAL (TRES EJEMPLOS DE RENUNCIA AL CONTROL MATERIAL SOBRE EL DERECHO A CASTIGAR)

DEFERENTIAL CONSTITUTIONAL CONTROL IN CRIMINAL MATTERS (THREE EXAMPLES OF WAIVER OF THE SUBSTANTIVE CONTROL OVER THE RIGHT TO PUNISH)

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho penal
Universidad Jaume I de Castellón

RESUMEN

El trabajo analiza tres polémicas sentencias del Tribunal Constitucional español que ponen de manifiesto que se está produciendo una involución en el control constitucional de los límites penales impuestos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, lo cual es especialmente preocupante cuando afecta a la crítica política o social.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, libertad ideológica, crítica política, proporcionalidad, control constitucional, Derecho penal.

ABSTRACT

This paper analyzes three controversial judgments of the Spanish Constitutional Court that show that there is an involution in the constitutional control of the criminal limits imposed on freedom of expression and other manifestations of freedom of thought, which is especially concerning when it affects political or social criticism.

KEYWORDS

Freedom of expression, freedom of speech, freedom of thought, political criticism, proportionality, constitutional control, criminal law.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.038

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEFERENTE EN MATERIA PENAL (TRES EJEMPLOS DE RENUNCIA AL CONTROL MATERIAL SOBRE EL DERECHO A CASTIGAR)

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho penal
Universidad Jaume I de Castellón

Sumario: 1. El control constitucional de las sentencias condenatorias 2. La STC 177/2015, de 22 de julio: la quema de la foto de SS.MM. los reyes. 3. La STC 190/2020, de 15 de diciembre: la llamada a la quema de la bandera española. 4. La STC 133/ 2021, de 24 junio: el *«asalto al Parlamento de Cataluña»*. 5. Conclusiones. Orientación bibliográfica.

1. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS

Nuestro Tribunal Constitucional se ha caracterizado históricamente por ser extraordinariamente cauteloso a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes penales. Como observa Lascuraín (2016), la estrategia de política constitucional se ha caracterizado

por la firmeza en la declaración de principios, y el TC ha sido tan estricto en el dibujo del marco constitucional como deferente en el juicio final de inclusión en el mismo de las normas impugnadas. Tanto es así que las escasas sentencias en las que se declara la inconstitucionalidad de normas penales sustantivas o bien limitan el alcance de tal declaración (STC 235/2007), o bien se refieren a normas que ya estaban derogadas (SSTC 67/1998, 136/1999 y 53/1994), o, en fin, fundan la tacha de inconstitucionalidad en la vulneración de la reserva formal de ley orgánica (SSTC 160/1986, 119/1992 y 162/1996). Esta tendencia es especialmente evidente cuando lo que se objeta a la ley es la infracción del principio de prohibición de exceso en cualquiera de sus vertientes (adecuación al fin, necesidad o proporcionalidad estricta) y, por ello, las mayores críticas a este «control de mínimos» van referidas a lo que ha considerado un enjuiciamiento de la proporcionalidad «orientado únicamente a extirpar exabruptos» (Lopera Mesa, 2006: 571). De hecho, el único caso de declaración de inconstitucionalidad de la ley por esta causa es el de la polémica STC 136/1999, y en relación con un precepto ya derogado al tiempo de estimarse el amparo (art. 174 bis a del CP de 1973). La razón de semejante autorrestricción no es otra que el reconocimiento del papel constitucional que corresponde al legislador como depositario de la soberanía popular, que no puede ni debe ser usurpado por el TC, cuya legitimación democrática carece, por otra parte, de la fortaleza que sí tiene la del poder legislativo. Eso es algo en lo que todos, tanto críticos como defensores de esa actitud deferente, coinciden (Lopera, Lascuraín, Jiménez Campo, González Beilfuss, Bernal Pulido, Vélez Rodríguez, entre otros). Ahora bien, sin discutir el hecho de que el TC debe autorrestringirse, especialmente en relación con la ley, en sus votos particulares a la STC 107/1996, de 12 de junio, los magistrados discrepantes tienen razón cuando afirman que una cosa es respetar los lógicos límites de la jurisdicción constitucional frente a la libertad de configuración del legislador democrático y otra muy distinta convertir tal deferencia en una suerte de canon de constitucionalidad que termina provocando una abdicación misma de la propia jurisdicción constitucional sobre la ley, pese a que, por quererlo así la CE, nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce pueda considerarse nunca ajeno a dicho Tribunal.

En suma, como de manera tan sintética como exacta se ha dicho, del TC se pretende no un control deferente sino «[…] un control constitucional "a secas" esto es, uno que sea efectivamente tal» (Crespo, 2020: 114).

Y si esto es así en relación con la ley, con mayor razón lo es en aquellos casos en los que el control de constitucionalidad se proyecta sobre actos de aplicación de la ley, que son los que aquí serán objeto de análisis, ya que en todos ellos lo que se discute no es la norma en sí, sino su aplicación al asunto sometido a enjuiciamiento. Concretamente, en lo que sigue nos detendremos en tres sentencias que, a mi modo de ver, ejemplifican paradigmáticamente la renuncia del Tribunal Constitucional a ejercer un verdadero control de constitucionalidad sobre la proporcionalidad de la injerencia penal.

2. LA STC 177/2015, DE 22 DE JULIO: LA QUEMA DE LA FOTO DE SS.MM. LOS REYES

Pese a la relevancia de este caso, me referiré muy brevemente al mismo porque ya ha sido objeto de análisis por parte de destacados especialistas que han sido extraordinariamente críticos con el TC tanto por extender a la familia real la protección que la sanción penal del discurso del odio pretende dispensar a colectivos vulnerables como por los excesos en que incurrió al reelaborar los hechos probados y considerar que el acto simbólico de la quema de la foto era una incitación a la violencia contra la persona de los reyes (por todos, Alcacer Guirao, 2018 y Presno Linera, 2018).

Como es harto conocido, los hechos consistieron en la quema de una fotografía de los reyes puesta boca abajo en el centro de una plaza con presencia de algunas decenas de personas, suceso acaecido tras una concentración ciudadana convocada en protesta por la visita de los reyes a la ciudad de Girona y encabezada por una pancarta que decía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española». A consecuencia de lo anterior, Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera —artífices encapuchados de la quema— fueron condenados como autores de un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del Código Penal (CP) a la pena de quince meses de prisión, posteriormente sustituida por multa.

Como con gran acierto dijeron los magistrados discrepantes (Asúa, Valdés, Xiol y Roca), la STC 177/2015 es criticable desde diversos puntos de vista. A saber:

i) Banaliza el sentido y alcance del discurso del odio, pues «[…] equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública» (Asúa).

ii) Reelabora y reinterpreta los hechos declarados probados por la jurisdicción ordinaria —lo que de por sí ya es grave— para llegar a afirmar que los reyes corrieron un peligro cierto, pese a que «[…] extraer del hecho de la quema de unas fotografías la conclusión de que los recurrentes estaban pretendiendo la muerte de los reyes es un paralogismo que desborda más allá de lo imaginable la comprensión que un espectador neutral puede formarse en el ámbito del discurso racional» (Xiol).

iii) Sustituye la delimitación constitucional de los derechos fundamentales afectados por el siempre imprevisible recurso a la ponderación, olvidando que lo que se enjuiciaba era la expresión de unas convicciones antimonárquicas realizadas en un espacio público y al término de una manifestación cuyo objetivo era mostrar el rechazo a la visita del monarca a Cataluña, sin que en ningún momento se produjeran conflictos o altercados de ningún tipo. De haber procedido a enjuiciar si los hechos se incardinaban en el ámbito constitucional de los derechos afectados (arts. 16 y 20 CE), habría llegado a la conclusión de que la conducta merecía el amparo por estimar que aquella representaba un ejercicio legítimo de

tales derechos o por entender, subsidiariamente, que representaba una extralimitación en el ejercicio de los mismos que, pese a ello, no merecía la sanción penal.

iv) Otro de los grandes desaciertos de la sentencia fue eludir este juicio subsidiario: la renuncia al control de la proporcionalidad de la reacción, esto es, a analizar si el eventual exceso o abuso en el ejercicio de la libertad de expresión era de tal gravedad que resultaba justificado acudir a la sanción penal. Reducir ese juicio a constatar que la sanción privativa de libertad fuera sustituida por una multa penal es quedarse muy corto. Ciertamente, la naturaleza y gravedad de la sanción debe tenerse en cuenta al evaluar la proporcionalidad, pero no basta a los efectos del necesario juicio de necesidad y proporcionalidad, «[…] ya que, como ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo relevante es que la utilización y el recurso a la máxima expresión del poder punitivo del Estado determina un efecto disuasorio en el ejercicio de estos derechos fundamentales» (Xiol)

Como era de esperar, el TEDH condenó a España (STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018) apelando a los principios fundamentales consagrados en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (§ 29 a 35), de los que ahora interesa destacar los siguientes:

i) El artículo 10.2 del Convenio no deja apenas margen para restringir la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político —en el que aquella adquiere la más alta importancia— o en cuestiones de interés general.

ii) Es legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes, pero la posición dominante que ocupan estas instituciones exige a las autoridades dar muestras de contención en la utilización de la vía penal.

iii) Una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político solo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales y el elemento esencial que debe considerarse es el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio.

iv) Otorgar a un jefe de Estado una singular protección en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio.

En aplicación de estos principios, el TEDH concluyó que la conducta fue un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión por cuanto se enmarcaba en el ámbito de la crítica política —y no personal— de la institución de la monarquía, no incitaba al uso de la violencia, no fue acompañada de acciones violentas ni de alteraciones del orden público ni, en fin, constituyó un discurso de odio (con toda razón, López Guerra se muestra muy crítico con esta ampliación del concepto de discurso de odio; téngase en cuenta, por otra parte, que el TEDH nos ha recordado nuevamente la hipertrofia del discurso de odio en nuestra jurisprudencia constitucional en el asunto *Erkizia Almandoz c. España*, sentencia de 22 junio 2021).

Pese a tan contundente condena, el TC reproduciría el método y conclusiones alcanzadas en la resolución comentada al resolver un asunto que entró en el Tribunal el 27 de mar-

zo de 2018, esto es, pocos días después de hacerse pública la STEDH del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. El asunto —una condena por ultrajes a la bandera— guarda un evidente paralelismo con el de la quema de las fotos, pues en ambos estamos ante actos de menosprecio a las instituciones o símbolos y en los dos el ejercicio de la libertad de expresión es conexo a la libertad ideológica, todo lo cual, sin embargo, no produjo en la mayoría del TC el efecto que racionalmente cabía esperar. A analizar la suerte del referido recurso se dedican las líneas siguientes.

3. LA STC 190/2020, DE 15 DE DICIEMBRE: LA LLAMADA A LA QUEMA DE LA BANDERA ESPAÑOLA

La STC 190/2020, de 15 de diciembre conoció del recurso de amparo interpuesto por el condenado contra la condena por un delito de ultrajes a España del art. 543 CP a la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, prevista en el art. 53 CP. El recurso, apoyado por el Ministerio Fiscal —única acusación personada en la vía judicial previa y a la que la sentencia «eclipsa» (Ollero)—, se desestimó, si bien formularon votos particulares discrepantes los magistrados Ollero (ponente original de la causa), Xiol y Conde-Pumpido y las magistradas Balaguer y Roca.

Los hechos, sucintamente expuestos, son los siguientes:

Durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el recurrente, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, «con intención de menospreciarla», gritó: «Aquí tedes o silencio da puta bandeira» *y* «hai que prenderlle lume a puta bandeira» (esto es, en castellano, «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera»).

El recurrente era una de las personas empleadas la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares que se encontraban en huelga por el impago de sus salarios, razón por la cual se venían concentrando todos los días frente a la fachada principal del arsenal militar de Ferrol, haciéndolo minutos antes de las 08:00 horas de la mañana, que era el momento en que tenía lugar la ceremonia citada y durante la cual los huelguistas hacían ruido, realizaban pitadas o abucheos, con pitos, ollas, sartenes y megáfonos, y proferían consignas como «a bandeira non paga as facturas», para llamar la atención de los viandantes.

El demandante invocó de forma conjunta sus derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), pero el Tribunal Constitucional desestimó el amparo por entender, en primer término, que no existió ejercicio legítimo de las libertades invocadas, pues, de ser así, esa conducta no podría ser objeto de sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal. En segundo lugar, el TC descartó asimismo la tesis de que, aunque la conducta supusiese una

extralimitación de los derechos en cuestión, podía ser encuadrada dentro de su ámbito, lo que habría obligado a enjuiciar si la injerencia penal era o no proporcionada.

En cuanto a la primera cuestión, el TC rechazó categóricamente que la conducta por la que fue condenado el recurrente constituyera una manifestación del legítimo ejercicio de los derechos invocados, conclusión que apoyó en una débil argumentación a la que llegó sirviéndose del nunca suficientemente criticado «método» de la ponderación, entendido no como la ponderación de razones en la adopción de una decisión concreta, sino como un procedimiento destinado a afirmar o negar la existencia de un derecho. Hacer depender el contenido mismo del derecho de la ponderación en el caso concreto es tanto como convertir al juez en árbitro de su contenido esencial, lo que, cuando va referido a la jurisdicción ordinaria, resulta, si cabe, mucho más problemático (Vives). Esa fue, sin embargo, la opción acogida por el TC: aunque repasó de manera impecable la doctrina constitucional relativa al método de delimitación (no de ponderación) de los derechos fundamentales y del control constitucional de las decisiones que les afectan (FFJJ 3 y 4), luego dio un salto en el vacío cuando afirmó aplicar todo ello al caso concreto. La desconexión entre los fundamentos jurídicos precedentes y el quinto es clamorosa, pues difícilmente casa con ellos la *ratio decidendi*, que podríamos condensar del siguiente modo: de un lado, la expresión «puta bandeira» y la llamada a prenderle fuego encierra un mensaje de rechazo y menosprecio hacia la enseña nacional y a los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella; de otro, aquellas expresiones eran de todo punto innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas. En palabras del propio TC:

> «Cuando, como ocurre en el caso de autos, la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión» (FJ 5 *in fine*).

Una vez excluida la posibilidad de que la conducta constituyera un legítimo ejercicio de los derechos invocados, el TC declaró ser consciente de que con ello no se colmaba el control constitucional, por cuanto, como dice en el FJ 5:

> «[…] este tribunal debe hacer una última valoración para determinar que, excluido aquel ejercicio regular del derecho fundamental, es posible entender que, al menos, lo haya sido en un ejercicio excesivo de aquella libertad, que, sin embargo, no haya alcanzado a desnaturalizarlo o desfigurarlo, porque, en tales casos, "la gravedad que representa la sanción penal supondría [también] una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio"» (STC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 7).

Tan atinada consideración quedó nuevamente reducida una declaración meramente formal que no se aplicaba materialmente al caso, ya que resolvió la cuestión haciendo uso de los mismos criterios que le habían servido para excluir que la conducta perteneciese

al núcleo indudable de exclusión del art. 20 en su conexión con el art. 16. Este es el hilo argumental:

> «En el caso de autos, lo que hizo el recurrente fue invocar de forma retórica el ejercicio de aquellos derechos para pretender justificar su conducta materializada en las expresiones proferidas contra la bandera de España. Tales expresiones […] resultaban innecesarios y, además, habían sido proferidos, al margen del contexto y sin vinculación alguna al objetivo legítimo de formular unas reivindicaciones laborales, provocando, incluso, sentimientos de rechazo por parte de algunas de las personas que secundaban la protesta. Finalmente, tampoco el recurrente, en su demanda de amparo, ha explicado cuál era el objetivo que perseguía al utilizar los términos empleados y cuál la eventual relación de las frases pronunciadas con las reivindicaciones laborales que ha alegado defender.
>
> En consecuencia, ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues su conducta, por las razones expresadas, no puede quedar amparada por este derecho, dado que no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre».

Por lo demás, el TC consideró que la respuesta penal prevista en el art. 543 CP resulta proporcionada a la entidad de la conducta, habida cuenta de que la pena prevista en el precepto es de multa, que se aplicó la multa mínima contemplada en el mismo y que la cuota diaria había sido abonada, lo que evitó la prisión sustitutoria prevista para casos de impago.

A mi modesto entender, la resolución comentada es un ejemplo mayúsculo de ausencia de finura jurídica y pobre argumentación. Nadie discute que las expresiones fueran ofensivas, pues, de no serlo, no precisarían reclamar protección constitucional. Pero queda por dilucidar, en primer término, si son realmente innecesarias y, aun en el caso de serlo, si la sanción penal de las mismas es una medida proporcionada en una sociedad democrática. Ninguno de los dos problemas se resuelve, a mi modo de ver, con solvencia. De un lado, porque la crucial pregunta de si la conducta se desarrolla dentro de los márgenes del derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 a) CE, en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) se aborda sin conceder *de facto* la debida relevancia al hecho de que la conducta expresiva estuviera protagonizada por un representante sindical, tuviera lugar en el contexto de una reivindicación laboral y se desarrollara no solo sin violencia, sino también sin la posibilidad real de prender fuego a la bandera (izada a metros de altura) y generar con ello desórdenes públicos. Existían, pues, buenas razones para defender que la conducta entraba dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión en conexión con la libertad ideológica al poder ser interpretada como una manifestación de crítica social y política con la que se trataba de presionar a la Administración para que solventase el conflicto laboral existente.

En su defecto, también existían poderosas razones a favor de admitir que no estamos ante uno de esos casos en que la conducta queda absolutamente fuera de las fronteras del Derecho, sino que pertenece al ámbito material de los derechos alegados, aunque se trate de una extralimitación de los mismos. Siendo así, una inveterada doctrina constitucional favorable a la efectividad real de los derechos fundamentales exige, como sabemos, enjuiciar la proporcionalidad de la injerencia. Aplicado lo anterior al caso de autos, lo cierto es

que el TC no es convincente cuando niega a la conducta cualquier conexión con los derechos fundamentales alegados, de suerte que, a sus efectos, lo mismo habría dado si la crítica se hubiese manifestado, por ejemplo, arrojando piedras a la bandera con riesgo para los militares participantes en el acto. El TC equipara, pues, actos que desnaturalizan el derecho alegado con otros que, aun pudiendo representar un abuso, pertenecen al ámbito material del derecho, por lo que pudiendo ser sancionados, deben serlo proporcionadamente. En cuanto a este punto, no resulta adecuado que el control constitucional de la proporcionalidad quede reducido a la fiscalización de la clase de pena con la que se conmina el hecho. Con ello se desoye la propia doctrina constitucional acerca del efecto de desaliento como componente de la proporcionalidad de la sanción que, como es sabido, se vincula, en primer término, al recurso al Derecho penal en lugar de aplicar mecanismos sancionadores de menor gravedad.

A mi modo de ver, la afirmación de acuerdo con la cual la sanción penal de esa conducta es una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática habría exigido del juez de instancia —y, singularmente, del TC— un esfuerzo argumental que ninguno hizo. Este es, sin embargo, uno de los casos en los que el juez ordinario puede y debe servirse del principio de proporcionalidad para, sin apartarse de la ley, conceder a esta un ámbito compatible con el reconocimiento constitucional de los derechos afectados por una conducta que, aun sin ser ejercicio legítimo de los mismos, se relaciona con ellos. Pero ya que el juez de instancia no lo hizo, ese era el control que se esperaba del TC, pues como reiteradamente ha sostenido ese mismo tribunal:

> «[…] el control que a este tribunal corresponde realizar no ha de ser un mero juicio externo, que verse sobre la razonabilidad de las valoraciones efectuadas por los jueces y tribunales en las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, sino que hemos de aplicar a los hechos declarados probados por estas, siempre dentro de los límites que impone el art. 44.1 b) LOTC, las exigencias dimanantes de la Constitución, para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetados esos derechos fundamentales. Todo ello aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este tribunal, ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre otras muchas, 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 11, y 177/2015, 22 de julio, FJ 2)».

Así lo reconoce la propia sentencia en su fundamento jurídico cuarto, pero es obvio que se trata de una proclamación vacía que, de haber sido verdaderamente considerada, habría llevado al TC a no prescindir del juicio de proporcionalidad. O mejor: a no limitar ese juicio al *quantum* de la pena, omitiendo el paso previo, que es el de enjuiciar si aplicar la norma penal al caso es compatible con la efectividad de los derechos fundamentales afectados, esto es, si es constitucionalmente legítimo.

En suma, este es uno de esos casos en que la intervención penal resulta un desatino. En primer término, porque, por las razones ya expuestas, el acto comunicativo puede ser considerado legítimo ejercicio de la libertad de expresión y, por ende, procedía la aplicación de la eximente séptima. En todo caso, aun si tal cosa no se admite y se estima que estamos ante una extralimitación de su ejercicio, el ordenamiento autorizaba al juez de instancia

a aplicar la eximente incompleta, mecanismo que, al menos, habría permitido hacer efectivas, siquiera en parte, las exigencias de la proporcionalidad sin vulneración alguna de la legalidad, frente a la cual, como es obvio, el juez ordinario no puede oponer juicio de proporcionalidad alguno. En cuanto a esto último, la posición de la justicia constitucional es otra. El TC, ya que rechazó ver en la conducta el legítimo ejercicio de un derecho, pudo y debió declarar que recurrir al Derecho penal para sancionar el contenido comunicativo de un acto simbólico —que, a lo sumo, es un exceso, pero no desnaturaliza los derechos alegados— constituye, en todo caso, una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática.

4. LA STC 133/ 2021, DE 24 JUNIO: EL «ASALTO AL PARLAMENTO DE CATALUÑA»

La STC 133/2021, de 24 junio, conoció del recurso de amparo presentado por varios condenados en el caso mediáticamente conocido como «asalto al Parlamento de Cataluña», en el que se acusaba, entre otros, por un delito contra las altas instituciones del Estado (art. 498) a diferentes manifestantes de una concentración convocada frente al Parlamento catalán para protestar por los recortes presupuestarios en gasto social. El lema del acto era «Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades» («Paremos el Parlamento, no dejaremos que aprueben recortes»), extremo conocido por la autoridad gubernativa, a la que se comunicó su celebración. El día de autos se concentraron varios centenares de manifestantes que increparon a los diputados que iban llegando, obstaculizando el paso a algunos de ellos, incluido el coche del presidente de la Generalitat, que optó por cambiar de dirección y alejarse del lugar. El inicio de la sesión estaba señalado para las 10.00 a. m., pero sufrió un retraso de once minutos y algunos diputados tuvieron que incorporarse con apoyo policial, mientras que otros tuvieron que ingresar en el Parlamento haciendo uso de un helicóptero. No consta que los asistentes portaran armas u objetos peligrosos.

Por lo que respecta a los hechos concretamente imputados a los demandantes de amparo, el FJ 5 b) de la propia STC 133/ 2021 los resume en estos términos:

«i) Don Francisco se interpuso con los brazos en cruz ante dos parlamentarios que habían sido antes increpados por un centenar de manifestantes cuando caminaban por la vía pública hacia el Parlament y, a continuación, siguió a otro parlamentario con las manos alzadas, gritando las consignas de la manifestación; mientras que doña Ángela, siguió al mismo parlamentario con las manos en alto, moviéndolas, y coreando las consignas de la manifestación.

ii) A don Jordi se le imputa haberse confrontado personalmente con dos diputados pidiendo en voz alta a otros manifestantes, que ya les habían increpado, que no les dejaran pasar al recinto donde se ubica el Parlament, desplegando al tiempo una pancarta, lo que provocó que los diputados pidieran la protección de los agentes de policía para acceder al recinto donde se encuentra situado el Parlament.

iii) Don Rubén y don Carlos se encontraban en un grupo de manifestantes que, cuando un diputado se encaminaba al Parlament por la única vía practicable, le recriminaron las políticas de gastos público recogidas en los presupuestos y le dijeron que, apoyándolas, a ellos no les representaba; ante el nutrido grupo de manifestantes, cinco agentes antidisturbios de la policía acompañaron al parlamentario que, con tal apoyo, superó a los manifestantes y accedió al Parlament».

La Audiencia Nacional [sentencia 31/2014, de 7 de julio, Sección Primera; presidente Ramón Sáez Valcárcel (*Tol 4424314*)] absolvió a los acusados por estimar que les amparaba el ejercicio legítimo de los derechos de manifestación y reunión, de modo que, sin realizar juicio alguno sobre la tipicidad, apreció como causa de justificación la de obrar en ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP). La sentencia fue anulada en casación y los acusados fueron condenados como autores de un delito contra las instituciones del Estado a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena [STS 161/2015, de 17 de marzo; presidente Manuel Marchena y voto particular de Perfecto Andrés Ibáñez (*Tol 4770855*)]. El Tribunal Supremo aplicó su conocida teoría de la ponderación, de la que en este caso salió triunfante —podría haber sido a la inversa— el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes vulnerado por los acusados (FJ b, 5 c). Por su parte, el Tribunal Constitucional desestimó todos y cada uno de los motivos de amparo en una resolución en la que, una vez más, se detecta la renuncia a un verdadero control de la proporcionalidad reclamado, incluso, por el Ministerio Fiscal —que, al igual que en la STC 190/2020, apoyó la estimación del recurso, lo que ya habla por sí mismo—. También en este caso, la sentencia contó con la discrepancia de un número relevante de magistrados (Roca, Xiol, Balaguer y Conde-Pumpido).

A mi modo de ver, ninguna de las tres resoluciones aborda el problema desde una óptica correcta. La sentencia de instancia no acertó al declarar que los excesos verbales y los alardes gestuales de los manifestantes constituían un legítimo ejercicio de los derechos de manifestación y reunión en conexión con la libertad de expresión ni al otorgar prevalencia a tales derechos frente al de participación política (art. 23 CE), prevalencia de la que constitucionalmente carecen. Por su parte, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional interpretaron el art. 498 CP extensivamente, es decir, de un modo incompatible con las exigencias de la legalidad y la prohibición de exceso y, a la postre, con la efectividad de los derechos fundamentales afectados.

Por lo que respecta a la Audiencia Nacional, estimo que apelar a la causa de justificación atribuyó a los derechos de manifestación y reunión un alcance que va mucho más allá de la delimitación constitucional de los mismos. Por otra parte, ya que la Audiencia entendió que los hechos constituían un ejercicio legítimo de los derechos arriba citados, era innecesario — y perturbador— recurrir a la «doctrina del desaliento» para fundamentar la absolución (*vid.* F.J. 2.1.2). En la medida en que la conducta constituye el ejercicio legítimo de un derecho, no puede ser sancionada, de modo que no es necesario recurrir a la doctrina de la proscripción del desaliento para brindarle protección. La doctrina del desaliento entra

en acción subsidiariamente para dar cobertura a los casos de extralimitación en el ejercicio de un derecho cuya sanción penal (en el sí o en el *quantum*) puede producir ese efecto, lo cual debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar la ley o imponer la pena para evitar una reacción desproporcionada. Al apelar a tal doctrina para fundamentar la absolución, la sentencia de la Audiencia Nacional resulta algo confusa, y eso explica algunas de las duras críticas que se le han dirigido (no precisamente las que destilan animadversión personal hacia el ponente y se alinean con los que, ante cualquier desorden, estiman que los derechos fundamentales deben ser los primeros sacrificados). En todo caso, aunque no se comparta la *ratio decidendi* de la sentencia de instancia, lo cierto es que toma partido a favor de la libertad y solo por ello ya es una sentencia mejor que las del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional; esta última ratificó una condena que vulneró la presunción de inocencia, condenó por hechos ajenos e interpretó la ley penal al margen de la recta aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad. En lo que sigue, dejaremos de lado cuestiones tan trascendentes como los límites a la revocación de sentencias absolutorias, así como otras objeciones formuladas por los demandantes, para centrarnos en el problema de la desproporcionalidad de la reacción, pues el enjuiciamiento de los hechos, no se olvide, motivó el dictado de una sentencia condenatoria que impuso la pena de tres años de prisión. Nuevamente, el TC renuncia *materialmente* al control de proporcionalidad y ni siquiera se plantea abordar la cuestión desde la perspectiva de su propia doctrina sobre la proscripción del desaliento, toda vez que, a juicio de la mayoría, la conducta queda absolutamente extramuros de los derechos de reunión y manifestación, zanjando con ello *a limine* el debate acerca de si el recurso al Derecho penal en un caso de estas características es una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática.

Cierto es que en el fundamento jurídico séptimo de la STC 133/2021 se realiza un análisis de la denunciada vulneración del principio de proporcionalidad, pero, a la postre, todo queda reducido a un control meramente formal que no toma en la debida consideración la afectación que una injerencia penal de esa entidad aplicada a un caso como el que nos ocupa supone en los derechos fundamentales a las libertades de reunión, manifestación y expresión de todos los ciudadanos. Este es, a mi juicio, un ejemplo inmejorable del efecto desalentador que el Derecho penal puede producir en el legítimo ejercicio de derechos, toda vez que, dada la levedad de las concretas conductas imputadas a los condenados, es fácil que la mayoría de ciudadanos colijan que manifestarse representa un alto riesgo, pues lo determinante no es tanto la conducta individual que se despliegue cuanto el contexto en que se realiza, extremo que excede del control propio y que, sin embargo, determina, como dijo el Tribunal Supremo, la relevancia penal de las conductas enjuiciadas. Precisamente, los magistrados discrepantes hacen reiterada referencia a ese efecto al fundamentar sus votos particulares. Tal es el caso del voto conjunto de Juan Antonio Xiol y Mª Luisa Balaguer, quienes concluyen su argumentación en los siguientes términos:

> «[…] consideramos que, en el presente caso, la injerencia en el derecho de reunión de las personas demandantes de amparo mediante el recurso a la sanción penal resulta desproporcionada atendiendo a las circunstancias de que (i) la concentración tenía unos objetivos y características de desarrollo que habían sido debidamente comunicada a la autoridad competente […] (ii) la

> concentración, con carácter general, tuvo un carácter pacífico tanto en su convocatoria como en su desarrollo al margen de situaciones esporádicas de tensión; (iii) la conducta de las personas condenadas a prisión no era propiciar una paralización de la acción legislativa sino mostrar a los representantes políticos su disconformidad con las líneas ideológicas en que se sustentaba el proyecto de presupuestos a aprobar […] sin que se aprecien actos concluyentes de obstrucción o impedimento violento para el acceso a la sede parlamentaria, y (iv) la concentración tuvo como consecuencia respecto de la sesión parlamentaria un mero retraso no significativo y una alteración del orden del día que no impidió su normal desarrollo.
>
> En esas circunstancias, […] una sanción penal resultaba desproporcionada y con un indeseable efecto desaliento en el ejercicio de un derecho fundamental.
>
> Una respuesta penal, máxime de la severidad de las impuestas a las personas demandantes de amparo, […] tiene un devastador efecto desaliento […], empobrece nuestra democracia, nos alinea con sociedades disciplinadas por el abuso del sistema penal en la represión de conductas que se desenvuelven en el ámbito material de derechos fundamentales y nos alejan, en definitiva, de la necesidad de una interpretación y aplicación progresiva de aquellos derechos que posibilitan la normal participación de la ciudadanía en las democracias plenas. A esa reflexión debemos añadir ahora que el cercenar de una forma tan radical el único medio de expresión colectivo que tiene la ciudadanía al margen de los cauces participativos propios de las democracias representativas, no solo puede implicar el ya mencionado efecto desaliento para los propios afectados y el resto de la ciudadanía para el ejercicio del derecho de reunión sino el más paradójico de propiciar y fomentar un indeseable desapego hacia un sistema político en cuya protección se ha pretendido justificar en este caso la imposición de la sanción penal» (FJ 10).

En efecto, lo que trata de impedir la doctrina constitucional del efecto desaliento es la sanción penal de conductas que, sin ser legítimo ejercicio de un derecho, están tan próximas al mismo que la injerencia penal puede desalentar el ejercicio legítimo del derecho afectado ante el temor de que la conducta se considere comprendida en el ámbito de la prohibición. La proscripción del desaliento, en cuanto componente de la proporcionalidad de la reacción, se erige, así, en un límite constitucional esencial que se impone no solo a la actividad judicial, sino también a la actividad legislativa, límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo, que en un Estado democrático obliga a excluir el recurso al Derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales.

El propio Tribunal Constitucional reitera tal doctrina en la sentencia que nos ocupa (FJ. 7. 2.1). La cuestión, sin embargo, es que, como en otras ocasiones, elude aplicar ese canon mediante la asunción de la idea de que la conducta sometida a enjuiciamiento no tiene relación alguna con los derechos fundamentales alegados. En este caso, la mayoría del Tribunal estima que la invocación de tales derechos es «[…] un pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos». Se trataría, pues, de uno de esos casos en los que el hecho queda fuera de las fronteras del derecho, hasta el punto de desnaturalizar su ejercicio, lo que lo sitúa al margen de cualquier amparo constitucional (FJ 7.2.2). Sin embargo, creo que están en lo cierto los magistrados discrepantes que entienden que, si bien las conductas no constituyen ejercicio legítimo de los derechos reconocidos en los arts. 20 y 21 CE, el TC erró al considerar que las mismas desnaturalizaban el ejercicio de las libertades de expresión, reunión y manifestación hasta el punto de convertirlas en irreconocibles y, por ende, situar a aquellas al margen del contenido material del derecho.

Por el contrario, hay elementos que permiten concluir que se desarrollaron en conexión con el ámbito de protección de los mismos. En este caso, los hechos ocurrieron en el marco de una concentración ciudadana cuya finalidad era protestar por una actividad parlamentaria con indiscutible relevancia pública, se comunicó oportunamente a las autoridades, y no consta que los participantes concurrieran a ella con —o hiciesen uso de— armas o instrumentos peligrosos. Por lo demás, la autoridad gubernativa era perfectamente conocedora del propósito y del lema de la manifestación, cuyos impulsores los hicieron expresos, entre otros actos, en la rueda de prensa convocada al efecto, pese a lo cual no se acotó un perímetro o se levantó cordón policial alguno. Es más, como reconoce la propia sentencia, lo que se dispuso fue el cierre de todas las puertas de acceso al Parc de la Ciutadella —donde se encuentra el Parlament— excepto una por la que necesariamente debían transitar los parlamentarios «[…] que quedaron así obligados y expuestos a confrontarse directa y personalmente con los manifestantes que se habían congregado en las inmediaciones de dicha puerta» (FJ 5 C, letra c). Por supuesto, esto último no disculpa la conducta de los acusados, pero sí pone en solfa la conclusión del Tribunal Supremo, asumida por el Tribunal Constitucional, de que, atendido el lema de la protesta, la finalidad de la concentración era indiscutiblemente impedir el desarrollo de la actividad legislativa en lugar de exteriorizar la protesta. Si tan obvia era la finalidad, sorprende que a las autoridades encargadas de velar por el orden público se les pasase por alto y que, por el contrario, sea esta una idea clara y distinta para los órganos de enjuiciamiento a efectos de estimar probado el elemento subjetivo del injusto. Por último, es cierto que la concentración acabó creando un clima coactivo, pero ni este fue el fruto directo de las conductas imputadas a los condenados ni el carácter pacífico de una reunión o manifestación puede ser negado por el hecho de que se produjeran algunas conductas violentas protagonizadas por terceros sin identificar.

Entender que simples imprecaciones o actos de confrontación gestual realizados en el curso de una manifestación suponen que la conducta quede absolutamente al margen de esas libertades públicas por el hecho de que se desarrollen en un contexto de violencia generado por terceros supone reconocer, primero al legislador penal y posteriormente al juez, un margen de acción incompatible con la efectividad de esos derechos, margen del que legítimamente disponen, por ejemplo, cuando sancionan al manifestante que muestra su queja quemando contendores o arrojando piedras a la entidad bancaria objeto de la protesta. La diferencia que media entre ambas clases de conductas me parece tan obvia que no creo preciso detenerse más a justificar que las segundas deben considerarse una extralimitación del ejercicio de los derechos en cuestión. Ante estos casos, el legislador está obligado, en primer término, a reconsiderar si su tipificación —o, en su defecto, la sanción asociada a la misma— es constitucionalmente legítima o si, por el contrario, provoca un efecto desalentador del ejercicio de los derechos afectados que convierte la injerencia en un sacrificio innecesario y desproporcionado de los mismos. Por su parte, el juez está obligado, en primer término, a realizar una interpretación tan restrictiva como el principio de legalidad permita para excluir del ámbito de lo prohibido conductas muy cercanas al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales o, en su defecto, a utilizar cuantas herramientas pone en su mano la legislación para evitar reaccionar desproporcionadamente (mecanismos de atenuación, suspensión de la condena o solicitud de indulto). En el caso aquí analizado,

dos eran las opciones de la jurisdicción ordinaria. La primera —y preferible—, interpretar el art. 498 conforme a las exigencias derivadas del principio de legalidad en inmediata conexión con la prohibición de exceso, interpretación que, sin forzar en modo alguno el tenor literal del mismo, obligaba a entender que los actos sometidos a enjuiciamiento no alcanzaron la gravedad exigida por el tipo aplicable (Paredes). Así lo razonó el magistrado Andrés Ibáñez en el voto particular a la STS 161/2015:

> «[…] no cabe afirmar que las acciones descritas (seguir, interpelar, corear consignas, etc., o manchar la ropa), […] respondan a las exigencias típicas de ese precepto. Ni siquiera por el hecho de haber tenido lugar en el marco y el ambiente de referencia: un dato de contexto que no pudo transformarlas al margen de la voluntad de sus autores, hasta el punto de alterar de manera esencial su naturaleza, inscribiendo en ellas rasgos y un marchamo de violentas o intimidantes que en sí mismas no tenían».

Andrés Ibáñez añade un argumento basado en la interpretación histórica del precepto:

> «[…] en el Código Penal de la dictadura franquista, el art. 157.4º contenía un precepto similar al ahora considerado, pero […] en el artículo siguiente, preveía una forma atenuada de respuesta para las acciones incriminadas, cuando no fuesen de carácter grave. Posibilidad que, en cambio, el legislador democrático, comprensiblemente más flexible, ha descartado. Lo que quiere decir que los actos de esta última clase no son susceptibles de encaje en el actual art. 498 CP, cuya aplicación reclama conductas de un superior estándar de gravedad. Con la consecuencia de que lo querido por el legislador de 1995 no puede dejar de serlo igualmente por el juez-intérprete de 2015. Máxime a tenor de las circunstancias del contexto de aplicación antes evocadas, que es aquí donde —según creo— deben jugar el papel ya señalado como pautas orientadoras de la interpretación de la ley penal».

También Conde-Pumpido —y el propio Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional— estimaron que el Tribunal Supremo había realizado una interpretación extensiva del tipo, pues, a su juicio, incluir los leves actos de obstaculización que conocemos no solo va más allá de su tenor literal, sino que también supone postergar las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional en relación con los derechos de expresión, reunión y manifestación pacífica sin armas.

La declaración de atipicidad era, sin duda, la opción jurídica más deseable, ya que este es un ejemplo claro en que el carácter abierto del tipo penal, el consiguiente riesgo de extensión indebida y la extraordinaria severidad de la pena se coaligan para generar un efecto desalentador del ejercicio de derechos, lo que, en consecuencia, obliga al juez a realizar una interpretación tan estricta como lo requieran las exigencias materiales de los derechos fundamentales y lo permita la ley, que en este caso no solo admitía una interpretación restrictiva, sino que esa era precisamente la más ajustada a su tenor literal.

No obstante, aun si se optase por afirmar la relevancia penal de la conducta, ello no exoneraría sin más al juez de atender a las exigencias de la prohibición de exceso, exacerbadas en los casos en que la conducta es limítrofe con el ejercicio de derechos. Concretamente, como ya señalé en su momento (Cuerda, 2007), y como también sostiene en su voto el magistrado Conde-Pumpido, nuestro ordenamiento pone en manos de la justicia ordinaria herramientas que permiten evitar sancionar con penas tan severas esta clase de

conductas. Sin necesidad de recurrir al mecanismo extraordinario del indulto, el Código Penal español ofrece al juez la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho, previsión legal a la que el art. 68 CP anuda la imposición de «[…] la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley», una previsión legal que hubiera dado paso a la suspensión, atemperando así la reacción penal a la menor antijuridicidad de las conductas enjuiciadas. Desde luego, la cuestión no es sencilla, dado que en estos casos se incrementa la complejidad que de suyo comporta la asignación de una naturaleza accidental o esencial a los requisitos ausentes, que es, a mi juicio, lo que explica que tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestren reacias a apreciar esta eximente incompleta. Aun así, la ilicitud no es un obstáculo insalvable para la apreciación de la eximente incompleta (menos aún, la circunstancia atenuante análoga a la incompleta, incluso como muy cualificada), de suerte que, en casos como el que nos ocupa, el juez debe decidir en función de que aprecie una material y sensible disminución del injusto, lo que no solo viene dado por la gravedad de los hechos en sí mismos considerados, sino también por el número y entidad de los derechos fundamentales afectados por la sanción; en nuestro caso, los de reunión, manifestación y expresión. Pese a todo, y como se lamenta Conde-Pumpido, dicha posibilidad legal no fue examinada en la decisión condenatoria al determinar la sanción imponible, de modo que, «[…] en definitiva, por la severidad de la pena impuesta a los demandantes, no puede excluirse un efecto desalentador sobre futuros actos de protesta política» (Conde-Pumpido, FJ 3.2 ii, *in fine*).

5. CONCLUSIONES

Ni el legislador —al redactar la ley— ni el juez penal —al aplicarla— pueden desconocer los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Por tal razón, el primero no puede tipificar conductas que, *como regla general*, constituyan ejercicio legítimo de un derecho. Por tanto, si una incorrecta técnica legislativa sanciona como delito conductas que, con carácter general, representan *sic et simpliciter* el ejercicio legítimo de un derecho, el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad son la mejor salida. Fuera de esta hipótesis, esto es, si, bajo ciertas condiciones, la conducta tipificada puede ser catalogada como el ejercicio de un derecho, el juez deberá absolver aplicando la eximente séptima.

Ahora bien, lo anterior no basta, puesto que la lesión de un derecho también puede producirse cuando se sancionan desproporcionadamente conductas que se relacionan con su ejercicio, desconociendo con ello la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal —en el sí o en el *quantum*— del exceso. Por lo que al legislador afecta, eso sucede, de un lado, si recurre a la sanción penal para castigar conductas levemente ofensivas y muy cercanas al legítimo ejercicio de un derecho fundamental y, de otro, si decide sancionarlas con penas excesivamente severas. Lo mismo ocurre cuando se interpretan y aplican esos mismos tipos de manera extensiva, desconociendo los requerimientos de la prohibición de exceso y olvidando que las exigencias derivadas del principio de legalidad cobran mayor vigor en estos casos por su conexión con el derecho fundamen-

tal. Por lo mismo, se robustece la proyección de la proporcionalidad en la determinación de la pena, lo que obliga al juez a hacer uso de cuantas herramientas pone en su mano la ley para atemperar la reacción punitiva.

En suma, la proscripción del desaliento, en cuanto componente de la proporcionalidad de la reacción, se alza como un límite constitucional esencial que se impone no solo a la actividad judicial, sino también a la actividad legislativa, límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo, que en un Estado democrático obliga a excluir al Derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales.

Lo dicho no supone cuestionar que el principio de división de poderes exige, de un lado, el reconocimiento al legislador del amplio margen que su posición constitucional le otorga a la hora de diseñar la política criminal, y, de otro, la obligación del juez de aplicar la norma sin discutir la oportunidad de la misma y, por descontado, respetando el principio de legalidad, frente al cual no puede el juez ordinario enarbolar proporcionalidad alguna, de modo que, si estima que la norma es manifiestamente desproporcionada, plantear la cuestión de inconstitucionalidad se revela como el único mecanismo del que dispone para alzar su voz frente a la ley. Con todo, la división de poderes no exonera al Tribunal Constitucional de realizar un control de constitucionalidad que, con justicia, merezca tal nombre. Una cosa es respetar los lógicos límites de la jurisdicción constitucional frente a la ordinaria —y, más aún, frente a la libertad de configuración del legislador democrático— y otra muy distinta convertir tal deferencia en una suerte de canon de constitucionalidad que termina provocando una abdicación misma de la propia jurisdicción constitucional. En relación con esta cuestión, quisiera cerrar estas reflexiones con unas palabras de Tomás y Valiente en las que subrayaba que «[…] nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que estos son los que la Constitución dice que son en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo» (1989, 32-33). Siendo esto exacto, no hay que olvidar que, por quererlo así la CE, nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce puede considerarse nunca ajeno al Tribunal Constitucional.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

I. Sobre el principio de proporcionalidad y la intensidad del control de constitucionalidad, *vid*., entre otros:

AGUADO CORREA, María Teresa (1999): *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid: Edersa.

ÁLVAREZ GARCÍA, José Javier (1999): «Principio de proporcionalidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna», *La Ley*, 5, 2053-2059.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1998): «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 15-50.

BERNAL PULIDO, Carlos (2005): «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *Revista Española de Derecho Constitucional* 74, 2005, 417-444.

– (22005): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
CUERDA ARNAU, María Luisa (1997): «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», en *Estudios en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 447-493.
DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2020): «Constitución y sanción penal», en *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Madrid: Reus, 3-34.
DE OLIVEIRA ROCHA, Luiz Octavio (2000): «El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las normas penales el amparo a la mesa de HB», *Cuadernos de Política Criminal*, 70, 229-244.
DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2005): «El control de constitucionalidad de las leyes penales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, 59-106.
DOMÍNGUEZ VIGUERA, Manuel (1992): «Enjuiciamiento constitucional de la proporcionalidad de la pena», *La ley*, 3, 64 y ss.
GARCÍA RIVAS, Nicolás (2002): «Los principios del Derecho procesal constitucional (II): El principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas» [en línea] <www.iustel.com/biblio.asp.>.
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1999): «El TC y el principio de proporcionalidad», *El Mundo*, 22 de julio.
GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor: Aranzadi.
JAÉN VALLEJO, Manuel (1986): «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», *Revista General del Derecho*, 507, 4923-4936.
JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa (2005): «La proporcionalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las reformas penales de 2003», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia: Facultad de Derecho, Universidad de Valencia-Tirant lo Blanch, 389-406.
LAMARCA PÉREZ, Carmen (2011): *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes*, Madrid: Colex.
LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (1998): «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 159-190.
– (2016): «El control constitucional de las leyes penales», en A. Nieto Martín, M. Muñoz de Morales Romero y J. Becerra Muñoz (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons, 351-377.
LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y Maximiliano RUSCONI (2014): *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires: AdHoc.
LOPERA MESA, Gloria P. (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal (Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
– (2010): «Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal», en S. Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez (dirs.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases* constitucionales, Valencia: Tirant lo Blanch.
MEDINA GUERRERO, Manuel (1998): «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 119-142.
MIR PUIG, Santiago (2002): «Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal», en J. I. Echano Basaldúa (ed.), *Estudios en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 349-366.
NAVARRO FRÍAS, Irene (2010): «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *InDret,* 2.
PEDRAZ PEÑALVA, Ernesto y Victoria ORTEGA BENITO (1990): «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana», *Poder Judicial*, 17, 69-100.
PÉREZ TREMPS, Pablo (1985): *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel (1994): «El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal», *La Ley*, 4, 1114-1124.
SERRA CRISTOBAL, Rosario (1999): La guerra de las Cortes, Madrid: Tecnos.
TOMÁS VALIENTE, Francisco (1995): «La Constitución y el Tribunal Constitucional», en M. Rodríguez-Piñero (coord.), *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 13-34.
VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis A. (2016): «El control de constitucionalidad de las leyes penales ante el embate irracionalista de la política criminal», en A. Nieto Martín, M. Muñoz de Morales Romero y J. Becerra Muñoz, J.(dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons, 379-404.

II. Sobre el enjuiciamiento de la proporcionalidad en el TEDH, entre otros:

FASSBENDER, Bardo (1998): «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 51-74.
BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1994): «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comunitario y comparado», *Revista de Administración Pública*, 135, 495-538.
LÓPEZ GUERRA, Luis (2021): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Valencia: Tirant lo Blanch.

III. Sobre el debate acerca de la ponderación como criterio de solución de los conflictos entre derechos fundamentales, entre otros:

ATIENZA, Manuel y Juan Antonio GARCÍA AMADO (2016): *Un debate sobre la ponderación*, Lima: Palestra.
PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», *Cuadernos de Derecho Público,* 11, 9-30.
VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (22011): *Fundamentos del sistema pena*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

IV. Sobre el efecto de desaliento en la jurisprudencia constitucional, entre otros:

COLOMER BEA, David (2019): «La doctrina del efecto de desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», C*uadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, p. 97 y ss.
CUERDA ARNAU, María Luisa (2007): «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, 8, noviembre.
CUERDA RIEZU, Antonio R. (2002): «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en J.L. Díez Ripollés *et al.* (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 237-256.

V. Sobre el uso y abuso del discurso del odio por parte de la jurisprudencia constitucional, *vid.*, con ulteriores citas:

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2020): *La libertad del odio: discurso intolerante y protección penal de las minorías*, Madrid: Marcial Pons.
– (2018): «Opiniones constitucionales», *Indret*, 1.
CORRECHER MIRA, Jorge (2020): «Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 28, 166-191.
DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2018): *El discurso del odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
LANDA GOROSTIZA, Jon M. (2018): *Los delitos de odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
LAURENZO COPELLO, Patricia (2021): «No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio», en P. Laurenzo y A. Daunis (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Granada: Comares, 257-284.
MIRÓ LLINARES, Fernando (coord.) (2017): *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2021): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.
ROIG TORRES, Margarita (2020): *La delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco (2020): *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, Madrid: Dykinson.

VI. Sobre los casos analizados, entre otros:

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2016): «Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la STS 161/201, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en M.L. Cuerda Arnau y J.A. García Amado (coords.), *Protección del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia: Tirant lo Blanch, 193-210.
PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel M (2016): «Caso Aturem el Parlament: una cuestión de atipicidad, no (solo) de ponderación», en M.L. Cuerda Arnau y J.A. García Amado (coords.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia: Tirant lo Blanch, 171-192.
PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2018): «Crónica de una condena anunciada. El Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del rey», *Teoría y realidad constitucional*, 42 (ejemplar dedicado a: Tribunal Europeo de Derechos Humanos), 539-549.
– (2021): «Breves consideraciones sobre el caso «hai que prenderlle lume á puta bandeira» [en línea] <https://presnolinera.wordpress.com/2021/02/09/breves-consideraciones-sobre-el-caso-hai-que-prenderlle-lume-a-puta-bandeira/.>.
VALERO, Ana (2021): «A puta bandeira o la autodestrucción de un Tribunal», *Infolibre*, 17 de enero [en línea] <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5957.>.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REGULACIÓN Y MODERACIÓN PRIVADA DE CONTENIDOS

FREEDOM OF EXPRESSION, REGULATION AND PRIVATE MODERATION OF CONTENTS

Joan Barata Mir

Investigador del Cyber Policy Center
Universidad de Stanford

RESUMEN

La libertad de expresión y el derecho a la información se reconocen a todas las personas y pueden ser ejercidos a través de cualquier forma de expresión, medio o tecnología. Más allá de las ideas y estructura original de Internet, las plataformas intermediarias se han convertido en actores principales en el proceso de difusión y distribución de todo tipo de contenidos. Los derechos, obligaciones y responsabilidades de dichas plataformas han sido objeto de regulación, siendo los modelos de la Unión Europea y de Estados Unidos los más relevantes en los debates jurídicos actuales. La decisión adoptada por una serie de plataformas de cancelar la cuenta del presidente estadounidense Donald Trump ha espoleado con fuerza el debate acerca de si la aplicación, por parte de dichas plataformas, de sus normas internas de uso frente a quien parece haberlas vulnerado constituye en puridad un acto de censura y, por ende, una violación del derecho fundamental a la libertad de expresión.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, libertad de información, censura, contenido.

ABSTRACT

The rights to freedom of expression and freedom of information information are recognized to everyone and can be exercised through any media or technology of his choice. Beyond the original ideas and structure of the Internet, intermediary platforms have become main actors in the process of dissemination and distribution of all types of content. The rights, obligations and responsibilities of these platforms have been subject to regulation, with the models of the European Union and the United States being the most relevant in current legal debates. The decision adopted by a series of platforms to cancel the accounts of US President Donald Trump has spurred the debate on whether the application of internal content moderation rules may constitute, under certain circumstances, an act of censorship, and therefore a violation of the fundamental right to freedom of expression.

KEYWORDS

Freedom of expression, freedom of information, censorship, content.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.039

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REGULACIÓN Y MODERACIÓN PRIVADA DE CONTENIDOS

Joan Barata Mir
Investigador del Cyber Policy Center
Universidad de Stanford

Sumario: 1. Introducción. Libertad de expresión e Internet. 2. El ciberespacio, sus características y su soberanía. 3. Internet como espacio regulado. 3.1. Las regulaciones generales en materia de libertad de expresión. 3.2. Las regulaciones en materia de responsabilidad de los intermediarios. 3.2.1. Introducción. 3.2.2. Estados Unidos y la Sección 230 CDA. 3.2.3. La Unión Europea. La Directiva sobre Comercio Electrónico y la legislación sectorial posterior. 3.2.4. La propuesta de Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act). 3.2.5. Iniciativas nacionales. La NetzDG. 4. Internet y la regulación privada de la libertad de expresión. 4.1. Introducción. 4.2. ¿Existe la censura privada por parte de las plataformas? 5. Conclusión. Notas. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET

La libertad de expresión es uno de los derechos históricamente más asentados y fundamentales. La libertad de expresar todo tipo de ideas o pareceres a través de cualquier forma de comunicación se encuentra protegida desde el arranque del Estado liberal.

En Europa, la libertad de expresión y la libertad de información están reconocidas en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), que es el tratado insignia para la protección de los derechos humanos en el continente en el marco general del Consejo de Europa (CoE). Este precepto sigue la redacción y las disposiciones incluidas en el Derecho internacional de los derechos humanos, —entre ellas, fundamentalmente, el artículo 19 del Pacto Internacio-

nal de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)— y ha sido incorporado y desarrollado en los sistemas constitucionales y legales europeos.

La primera cuestión fundamental que hay que destacar en relación con la protección de la libertad de expresión establecida por los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos es su conexión directa con el principio democrático. La jurisprudencia del TEDH se ha ocupado de enfatizar el papel crucial que juega la libre circulación de ideas e informaciones en la construcción y el desarrollo de una sociedad plenamente democrática y, en este sentido, ha declarado que su respeto y protección constituye un cometido inexcusable de las autoridades. Existe una doble dimensión de la libertad de expresión. Por un lado, a través de la libertad de expresión el individuo tiene a su alcance la posibilidad de exteriorizar, compartir y contrastar sus pensamientos, opiniones e ideas, así como tener acceso y difundir informaciones relevantes para el conjunto de la sociedad. Por otro lado, la protección de la libertad de expresión incide, en términos más «objetivos» o colectivos, en la calidad democrática del conjunto del sistema político, institucional, cultural o económico, transcendiendo la dimensión meramente subjetiva del derecho. Una sociedad en la que de modo efectivo existe una pluralidad de voces que participan en una esfera pública accesible y dinámica constituye un entorno ideal para el desarrollo y el permanente perfeccionamiento de la democracia.

De acuerdo con los mencionados estándares internacionales en materia de derechos humanos, la libertad de expresión y el derecho a la información —y su ejercicio a través de cualquier forma de expresión, medio o tecnología— se reconocen a todas las personas. Ello supone que se trata de un derecho que no solamente abarca las modalidades de comunicación existentes en el momento de la adopción de la DUDH, el PIDCP o las respectivas constituciones nacionales, sino también las que pudiesen ser creadas o inventadas en el futuro.

En este sentido, es importante recordar que la conocida Observación General número 34 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló lo siguiente:

> «En la función periodística participan una amplia variedad de personas, como analistas y reporteros profesionales y de dedicación exclusiva, autores de blogs y otros que publican por su propia cuenta en medios de prensa, en Internet o por otros medios».

La libertad de expresión se reconoce y protege a nivel internacional «sin consideración de fronteras». Ello, obviamente, tiene implicaciones importantes en el ámbito de Internet, plataforma tecnológica cuyas características darían, quizá por primera vez, una dimensión global y universal a la distribución y recepción de ideas, pensamientos y opiniones. Cuando menos, Internet permite situar dicha distribución y recepción en una dinámica completamente distinta a la de los medios de comunicación «tradicionales» (prensa, radio y televisión).

Asimismo, y en línea con lo expuesto hasta aquí, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha reiterado, en su resolución 32/13 de 11 de julio de 2016 sobre dere-

chos humanos e Internet, que los mismos derechos que las personas tienen fuera de línea también deben protegerse en línea, en particular la libertad de expresión.

2. EL CIBERESPACIO, SUS CARACTERÍSTICAS Y SU SOBERANÍA

El marco jurídico general que acaba de describirse podría abonar una visión utópica de Internet como un espacio abierto, participativo y sin fronteras, un entorno en el que los individuos pueden comunicar y comunicarse sin las cortapisas habitualmente establecidas tanto por los Estados como por las grandes corporaciones privadas. Esta era, precisamente, la imagen difundida por los visionarios del *ciberlibertarismo* propio de los primeros tiempos de la red. El mejor exponente de este movimiento es la conocida Declaración de Independencia del Ciberespacio elaborada por el activista y fundador de la Electronic Frontier Foundation John Perry Barlow, de la cual el propio autor se distanciaría en varios aspectos años después.

Seguramente, el elemento más frágil del *ciberlibertarismo* era la creencia en la posibilidad de la erradicación del concepto de soberanía —y de todos los elementos asociados a la misma— en el mundo en línea. La posibilidad, en definitiva, de aislar el universo de Internet de los sistemas de gobernanza, regulación y control que afectan a nuestras vidas fuera del mismo. Esta abstracción de la realidad geográfica —que constituye, en definitiva, la primera capa del funcionamiento de la red— contrasta acusadamente con las legislaciones y regulaciones que existen en este momento en diversas regiones del mundo. Lejos de ser un espacio desregulado, Internet es, seguramente, el entorno en el que la expresión y difusión de ideas, opiniones e informaciones se encuentra sujeta a un mayor número de principios y reglas establecidas tanto por los Estados como por poderosos sujetos privados, como veremos posteriormente.

Una posición extrema en ese terreno la representa China, que promueve y aplica una noción absoluta de soberanía al ámbito de Internet. Para China, el ciberespacio es parte integrante de su propia soberanía territorial y, por ello, se arroga la facultad y la responsabilidad de establecer sus normas de funcionamiento y ejercer una plena jurisdicción sobre todo lo que sucede en la red.

Por su parte, la Unión Europea (y sus Estados miembros) no renuncian a preservar un ámbito de lo que se denomina soberanía tecnológica o digital orientado a definir el modo en el que tienen lugar los procesos de digitalización de la economía y la sociedad. También juegan un papel importante en este ámbito la tutela de una cierta noción del derecho a la privacidad y la protección de datos, así como el control estratégico de los flujos de desinformación provenientes de terceros países.

Finalmente, Estados Unidos defiende una aproximación *multi-stakeholder* de la gobernanza de Internet, entendida como el desarrollo y la aplicación de normas, principios y procedimientos ya no solamente de los gobiernos, sino también del sector privado y la sociedad civil en sus respectivos roles. Esto supone aceptar una soberanía que se ejerce en

foros internacionales, así como el papel de sujetos y organizaciones que no se limitan a las instancias estatales de regulación. No hay que olvidar, por otra parte, que buena parte de las grandes compañías, así como las infraestructuras, servidores y redes se encuentran físicamente situadas, precisamente, en territorio estadounidense. Por ello, las autoridades llevan a cabo esfuerzos importantes para garantizar la protección de redes, funcionalidades, servidores y datos frente a ataques maliciosos tales como el ciberespionaje. A pesar de que se trata de conceptos algo abiertos a la interpretación (tal y como muestran, por ejemplo, las posturas encontradas en materia de neutralidad de la red), Estados Unidos aboga por la existencia de una Internet abierta, segura, interoperable y fiable. Este modelo de Internet forma parte de los intereses que las autoridades estadounidenses no solo promueven dentro de las fronteras del país, sino que son también objeto de exportación al resto del mundo bajo la etiqueta de «Internet freedom».

Otra creencia de la visión utópica de las posibilidades y características de Internet en los años 90 que se ha revelado cándida es aquella concepción radical —y, seguramente, también elitista— del mercado de las ideas. Desde este punto de vista, el ejercicio de las libertades de la comunicación tiene lugar en el seno de un específico mercado: el mercado de las ideas, traducción literal de la conocida formulación académica y jurisprudencial norteamericana del *marketplace of ideas* inspirada en *On Liberty*, el ensayo de John Stuart Mill. Según esta teoría, el ejercicio de la libertad de expresión, reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución, bajo la forma de un debate robusto y amplio, merece la máxima protección, ya que constituye el único canal a través del cual puede acabar surgiendo la verdad. Ese mercado no era, sin embargo, utilizado por una parte sustancial de la humanidad, sino por las élites intelectuales que podrían finalmente difundir sus ideas sin cortapisa alguna. Así lo confesó en 2006 el propio Barlow:

> «Back when I wrote the declaration, I was delighted by what I knew would be its greatest boon, the empowerment of the small against the large. But I was thinking of the likes of myself becoming asymmetrically advantaged against the State. […] My belief in the virtues of giving all humanity a voice did not take into account what would happen if you gave every one of a billion people his own virtual soapbox and street corner. Everybody's talking and nobody's listening».

El paso de una Internet inicial que, en esencia, albergaba los contenidos creados por una élite intelectual situada principalmente en Estados Unidos a un espacio abierto a la difusión de todo tipo de contenidos, desde los más interesantes y relevantes a todo tipo de mentiras y desvaríos, ha sido a su vez mediatizado y, sin duda, potenciado por la aparición de las llamadas plataformas intermediarias.

Los intermediarios se han convertido en actores principales en el proceso de difusión y distribución de todo tipo de contenidos. La noción de intermediarios hace referencia a una amplia gama de proveedores de servicios en línea tales como el almacenamiento, la distribución y el intercambio de contenidos, las redes sociales, las plataformas de colaboración y los videojuegos o los motores de búsqueda.

Considerando que aborda temas vinculados a la libertad de expresión, este artículo se centrará en lo que generalmente se conoce como proveedores de servicios de alojamien-

to y, en particular, en aquellos que llevan a cabo actividades internas de moderación de contenidos. Esto incluye servicios proporcionados por plataformas de redes sociales como Facebook o Twitter, plataformas de compartición contenido como YouTube o Vimeo o motores de búsqueda como Google o Yahoo.

Es innegable que estos actores se han convertido en poderosos guardianes o *gatekeepers* que controlan el acceso y las condiciones de uso de los principales foros de expresión. Los proveedores de alojamiento generalmente moderan los contenidos que albergan de acuerdo con una serie de reglas y principios internos, y por ello, de naturaleza privada.

Sin embargo, antes de analizar el rol de las plataformas en la configuración del espacio público y la libre expresión en Internet, es necesario centrar la atención en el papel regulador de los Estados.

3. INTERNET COMO ESPACIO REGULADO

3.1. LAS REGULACIONES GENERALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En primer lugar, hay que señalar el hecho de que, en principio, nada debería impedir la aplicación de regulaciones y límites generales a la libertad de expresión al ámbito de Internet e incluso al entorno más específico de las redes sociales. Del mismo modo que el delito de estafa se comete independientemente del medio utilizado (en persona, por teléfono o a través de Internet), en el régimen general aplicable a la libertad de expresión (tanto en lo que se refiere a su protección como a sus límites) determinados tipos penales deberían también ser aplicados independientemente del entorno o la tecnología utilizados para su comisión. Conductas tales como la vulneración del derecho a la intimidad o el honor, la intimidación mediante amenazas o coacciones, la difusión de discurso del odio o la distribución de pornografía infantil no merecerían, pues, una consideración distinta por el simple hecho de realizarse por vía electrónica.

Cierto es, sin embargo, que del mismo modo que en el mundo físico habrá que atender, en un buen número de casos, a las específicas circunstancias y entorno en el que se produce la conducta en cuestión, también deberán ser tenidas en cuenta las características específicas de Internet o de una determinada red social a la hora de valorar un comportamiento expresivo. En este sentido, a pesar del carácter global y universalmente accesible de Internet, es preciso reconocer que no es lo mismo, por ejemplo, incurrir en la vulneración del derecho al honor o a la intimidad a través de un periódico de gran circulación (en papel y/o en línea) que hacerlo en una cuenta individual de una red social con unas pocas decenas de seguidores o en un cajón de madera emplazado en medio de un parque. Sobre la consideración de estas cuestiones en España, resulta especialmente oportuna la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2021, de 10 de mayo de 2021 (mensajes difundidos a través de una red social en los que tilda de asesino y se expresa alivio por la muerte de

un torero en el curso de la lidia), tanto en lo que se refiere a los fundamentos de la propia sentencia como a la argumentación del voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón.

Por citar algunos ejemplos, en relación con el discurso de odio (sin perjuicio de otros problemas que la regulación de esta materia presenta en el Código Penal español), el párrafo 3 del artículo 510 de dicho código dispone: «Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas».

Por lo que respecta a los delitos de terrorismo, se aprecia en el legislador un cierto prejuicio, no necesariamente justificado, en relación con el uso de Internet como plataforma de distribución de contenidos más allá del impacto concreto que ello pueda tener en terceros, prejuicio que, en particular, se concreta en la omisión de la exigencia de un nexo necesario entre la difusión de determinados contenidos o expresiones y la generación de un riesgo real de comisión de actos terroristas[1]. En este sentido, el párrafo 2 del artículo 578 del Código Penal, relativo a los delitos de enaltecimiento o justificación del terrorismo, contiene una agravante similar a la anteriormente mencionada respecto al discurso del odio en la que, sin embargo, se suprime la frase final relativa la accesibilidad real para un número elevado de personas, por lo que el precepto simplemente criminaliza el uso de determinados medios sin establecer la necesidad de constatar su impacto real en el caso concreto.

Asimismo, el artículo 575 del Código Penal equipara el adiestramiento o adoctrinamiento pasivo con el acceso habitual, con dicha finalidad, «[…] a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines».

Por consiguiente, no solamente se tipifica como delito el hecho probado de recibir adoctrinamiento o entrenamiento terrorista en cualquier forma, sino simplemente el acceso a determinados contenidos en línea. La comisión del delito se sitúa en un terreno extremadamente subjetivo y permite la criminalización de conductas consistentes en la búsqueda frecuente de información sobre temas ligados al terrorismo, incluso en los casos en los que ello esté motivado por afinidades ideológicas. Como se ha advertido, la introducción de límites a la vertiente activa y pasiva del derecho a la libre expresión y a la información sobre la base de la prevención del terrorismo solamente puede justificarse en aquellos casos en los que dichas conductas generen un riesgo cierto y justificable de vinculación real a actividades terroristas. Por ello, la criminalización de la visita a sitios web supone una medida desproporcionada que puede afectar el derecho de los ciudadanos a recabar información sobre asuntos de su interés, sean estos cuales fueren y sea cual fuere la motivación para buscarla. Hay que recordar que, recientemente, el Consejo Constitucional francés declaró

incompatible con la Constitución francesa, por motivos similares, una norma penal de tenor muy parecido[2].

3.2. LAS REGULACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS

3.2.1. Introducción

Las normas a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior, presentes en la práctica totalidad de países del mundo, permiten, pues, acotar el ejercicio de la libertad de expresión a través de cualquier medio o plataforma de distribución, incluida Internet. Asimismo, en determinados supuestos contienen determinadas previsiones directamente aplicables al uso de esta última plataforma para la difusión de ideas, pensamientos e informaciones, previsiones específicas que, si en algunos casos pueden estar justificadas, en otros, como hemos visto en el ejemplo español, pueden resultar arbitrarias.

Un segundo grupo de regulaciones, seguramente más relevante que el anterior, se centra, desde finales del siglo pasado, en determinar la responsabilidad no ya de los usuarios o creadores de contenidos, sino de las plataformas que permiten la difusión y el acceso a los mismos por parte de terceros. En particular, las ya referidas plataformas de alojamiento de contenidos.

Es necesario insistir en el hecho de que dichas plataformas juegan un papel innegable como facilitadoras del ejercicio de la libertad de expresión. Gracias a ellas, las personas individuales que no tienen acceso a medios de comunicación tal y como los hemos entendido hasta ahora disponen de canales de difusión de contenidos e ideas de forma efectiva y con un alcance potencialmente ilimitado. Genera también pocas dudas el hecho de que los periodistas y los medios se benefician también de la visibilidad y la accesibilidad adicional proporcionada por la distribución de sus contenidos a través de las plataformas en línea. Pero es evidente también, ya lo hemos señalado, que estas plataformas tienen la capacidad de tomar decisiones muy relevantes precisamente en materia de contenidos. No se trata, pues, únicamente de proporcionar un mero espacio neutral en estos casos, sino también de establecer y aplicar normas y estándares que acaban definiendo los contornos del ejercicio de la libertad de expresión en dicho entorno. ¿Cuáles son, pues, los derechos, obligaciones y responsabilidades de dichas plataformas tanto frente a sus usuarios como a terceros o incluso, y particularmente, autoridades estatales como reguladores o jueces?

3.2.2. Estados Unidos y la Sección 230 CDA

La regulación de la responsabilidad de los intermediarios encuentra su primera y seguramente más importante norma de referencia en la sección 230 de la Ley de Decencia de las Comunicaciones (Communications Decency Act), adoptada en 1996 en el marco de la reforma de la Ley de las Telecomunicaciones de los Estados Unidos (47 U.S.C. § 230). En lo que aquí interesa, este cuerpo legal contiene dos previsiones de gran importancia. En

primer lugar, dispone que ninguna plataforma, e incluso ningún usuario, pueden ser considerados como editores o autores de contenidos proporcionados por terceros («[…] shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider»). En segundo lugar, establece igualmente que dichos intermediarios no pueden ser considerados responsables de aquellas decisiones de moderación de contenidos tomadas de buena fe y orientadas a impedir o restringir el acceso a información que se considere «[…] obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected». Por consiguiente, las plataformas no solamente no serían responsables de los contenidos publicados por terceros y cuyo acceso es facilitado por parte de aquellas, sino tampoco de las decisiones tomadas de buena fe y orientadas eliminar o restringir el acceso a contenido que pueda ser considerado «objetable» a criterio de la propia plataforma, incluso en los casos en los que dicho contenido sea plenamente legal. En este último ámbito se trata de evitar el llamado «dilema del moderador»: ¿para qué va una plataforma a asumir la carga de evitar cualquier contenido indeseable si ese ejercicio la lleva precisamente a afrontar responsabilidades legales?

Esta norma general tendría una serie de excepciones acotadas referidas a contenidos que contravengan la legislación criminal, la propiedad intelectual, la privacidad y el tráfico sexual. Se trata, en todo caso, de una cláusula de exención de responsabilidad amplia y general a la cual se atribuye el rápido florecimiento, en Estados Unidos, de plataformas como las que ya se han mencionado aquí. Bajo las protecciones establecidas por la legislación estadounidense, las plataformas cuentan con un marco legal y con los incentivos para operar y expandir sus negocios, moderar los contenidos que distribuyen y gestionar ciertas formas de discurso indeseable o dañino. Por ello, algunos autores hablan de la sección 230 como las 26 palabras que crearon Internet.

3.2.3. La Unión Europea. La Directiva sobre Comercio Electrónico y la legislación sectorial posterior

La Unión Europea, por su parte, adoptó en el año 2000 la llamada Directiva sobre Comercio Electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior), que en España fue objeto de transposición a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

El régimen en materia de comercio electrónico europeo es algo más matizado que el estadounidense. Las plataformas tendrán inmunidad en relación con los contenidos suministrados por terceros, pero solamente en aquellos supuestos en los que o bien no pueda constatarse la existencia de un conocimiento efectivo de la ilegalidad de determinada información o contenido, o bien, en caso de existir dicho conocimiento, no se hayan adoptado diligentemente las medidas oportunas. El Derecho europeo estipula asimismo

una prohibición a los Estados del establecimiento de obligaciones generales, a cargo de las plataformas, de supervisión de los contenidos que alojan.

Así pues, el sistema jurídico europeo asume también como pilar fundamental el principio de exención de responsabilidad de los intermediarios, si bien lo sujeta a una serie de cláusulas y condiciones cuya interpretación y aplicación a los casos concretos se ha mostrado en muchos casos compleja, tal y como lo muestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La principal razón de ser de estos principios es evitar toda delegación o atribución a corporaciones privadas como las plataformas de la responsabilidad de determinar la legalidad o ilegalidad de un contenido, así como liberarlas de cualquier presión o incentivo que pueda llevarlas a retirar contenidos a fin de evitar ulteriores responsabilidades. El impacto sobre la libertad de expresión derivado de un régimen que no respetase estos principios es evidente.

También debe tenerse en cuenta que algunas normas sectoriales adoptadas recientemente por la Unión Europea parecen incorporar nuevas obligaciones legales respecto a la adopción de medidas proactivas o de mayor control de contenidos por parte de las plataformas. Es decir, a pesar de la prohibición del establecimiento de obligaciones generales de supervisión, puede observarse que la legislación sectorial está estableciendo progresivamente nuevas obligaciones de seguimiento proactivo para los intermediarios.

En este sentido, la denominada Directiva sobre Derechos de Autor (Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE) establece una serie de obligaciones para los denominados proveedores de servicios de intercambio de contenido en línea, particularmente en lo que respecta al deber de garantizar la indisponibilidad de determinadas obras protegidas por derechos de autor (artículo 17). De acuerdo con el considerando 70 de dicha Directiva, tales medidas deben ser adoptadas «[…] sin perjuicio de la aplicación de las excepciones y limitaciones de los derechos de autor, incluyendo en particular aquellas que garantizan la libertad de expresión de los usuarios». La Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales (Directiva 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual) impone una serie de deberes a las plataformas de intercambio de vídeos relativos a la adopción de medidas internas en relación con aquellos contenidos que constituyan incitación al odio o fomenten pornografía infantil, afecten el desarrollo físico y mental de los menores, vulneren obligaciones en el ámbito de las comunicaciones comerciales audiovisuales o tengan naturaleza terrorista. Además, las autoridades nacionales (principalmente, los organismos reguladores independientes) tienen la responsabilidad de verificar que los VSP adoptan dichas medidas y que estas son adecuadas para tratar los tipos de contenido mencionados anteriormente, entre otros. Bajo este esquema, las plataformas no solo tienen el deber de adoptar una amplia gama de medidas sobre la posible difusión de contenidos ilícitos por parte de los usuarios, sino que también están obligadas a proporcionarles mecanismos adecuados de recurso y

reparación para que puedan impugnar las posibles restricciones a sus derechos derivadas de las medidas mencionadas. Finalmente, el Reglamento adoptado recientemente para abordar la difusión de contenidos terroristas en línea (Reglamento 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021) contiene obligaciones importantes para los proveedores de servicios de alojamiento relativas a la eliminación de contenido ilegal y la puesta en marcha de medidas específicas para abordar la difusión de contenido terrorista en línea. El Reglamento incorpora directrices imprecisas que establecen que, al adoptar tales medidas, los proveedores deben tener en cuenta «[…] los riesgos y el nivel de exposición a los contenidos terroristas, así como los efectos sobre los derechos de terceros, y el interés público a la información» (considerando 22). Asimismo, las «autoridades competentes» designadas determinarán si las medidas son efectivas y proporcionadas.

Por consiguiente, sin llevar a cabo una alteración del régimen general de exención de responsabilidad, lo cierto es que el Derecho europeo ha ido incorporando nuevas obligaciones para las plataformas y, con ellas, ha establecido nuevas responsabilidades derivadas de su incumplimiento. Tales obligaciones se mueven, por una parte, en el terreno del control de legalidad (es decir, se establece la necesidad de que las plataformas detecten ciertos tipos de contenidos ilegales y adopten medidas específicas al respecto), y por otra, en el ámbito del procedimiento (el modo en el que las plataformas regulan y gestionan internamente determinados tipos de contenidos). Este modelo regulatorio se refleja, igualmente, en el actual proyecto de Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act) presentado por la Comisión Europea a mediados de diciembre de 2020 y todavía en proceso de tramitación a la fecha de cierre de este artículo.

3.2.4. La propuesta de Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act)

La propuesta no altera el principio de exención de responsabilidad de las plataformas y la prohibición de la imposición de un deber general de inspección o verificación de todos los contenidos que se suministran y apunta, asimismo, al establecimiento adicional de un principio del «buen samaritano». Este principio no se encontraba reconocido como tal en la legislación europea (aunque sí en la sección 230) y esencialmente protege la facultad de las plataformas para establecer y aplicar políticas de moderación de contenidos. Dicho de otro modo, el hecho de que una plataforma disponga de tales políticas internas y, por ello, actúe de forma activa en la revisión —o incluso la remoción— de contenidos objetables (incluidos los supuestamente ilegales) no puede utilizarse, en cuanto tal, para establecer que la plataforma en cuestión tenía conocimiento real del hecho y, por ello, atribuirle responsabilidad por alojar un contenido ilegal (suministrado, obviamente, por un tercero).

Está claro, pues, que esta norma se inscribe en la tendencia o la percepción mayoritaria de que las plataformas «tienen que hacer más». Y ese «hacer más» no solo se concreta en la necesidad de que colaboren con las autoridades en la detección y remoción de contenidos ilegales, sino también en el incentivo de la adopción de principios y estándares internos más allá de la legalidad vigente orientados a gestionar o incluso eliminar contenidos de

carácter meramente «nocivo», entre ellos las conductas antisociales, las campañas de desinformación u otras prácticas similares (ejecutadas especialmente a través de cuentas falsas o automatizadas). No obstante, los posibles errores u omisiones de las plataformas a la hora de realizar este cometido no implican su responsabilidad.

A partir de aquí, son muchos los elementos interesantes que contiene la norma.

En primer lugar, se trata de una norma que establece nuevas obligaciones a cargo de las plataformas. Para ser precisos, la norma consagra la obligación de llevar a cabo una serie de actividades o adoptar determinadas medidas para la protección de los usuarios. Dichas acciones o medidas, en puridad, ya estaban siendo desplegadas y aplicadas, al menos, por las grandes plataformas que todos conocemos. Es evidente, en todo caso, el cambio que supone el hecho de que, a partir de ahora, no se trata ya de decisiones voluntarias, sino de deberes impuestos por la norma con cierto grado de detalle. Entre estos, seguramente, los más destacados son los relativos a la transparencia (los contenidos retirados, las normas de moderación utilizadas, el uso de algoritmos, etc.), la necesidad de explicitar de forma fundamentada las decisiones de remoción de contenidos y de contar con mecanismos internos y externos e independientes de apelación de dichas decisiones, así como el establecimiento de normas claras, proporcionadas y transparentes en materia de política interna de moderación de contenidos.

En segundo lugar, hay que destacar que la propuesta establece una cierta graduación en cuanto a la imposición de las obligaciones de referencia. Cuanto mayor sea el tamaño de la plataforma, más numerosas y complejas serán las medidas que esta deberá adoptar. La categoría más alta y exigente corresponde a aquellas que cuenten con un número de usuarios superior a 45 millones, es decir, la práctica totalidad de las plataformas más usadas y conocidas. El ámbito de las obligaciones debe asociarse, obviamente, al de las sanciones por los casos de incumplimiento, que pueden llegar hasta el 6 % del volumen global de negocio (no solo el de la Unión Europea).

Una cuestión que merece reflexión especial es el grado de afectación de la libertad de expresión que pudiera derivarse de la aprobación de la propuesta con su contenido actual. Se ha señalado que, en buena medida, la propuesta se orienta a fomentar que las plataformas adopten una serie de medidas dirigidas a manejar debidamente y mitigar las consecuencias de la difusión de contenidos que, aunque no sean necesariamente ilegales, se consideren nocivos. A tal efecto, las plataformas de la categoría superior antes mencionada no solamente están obligadas a «evaluar» cuáles son los riesgos que la misma genera en ámbitos tan amplios como la salud pública, el discurso cívico, los procesos electorales o la seguridad ciudadana, sino también a adoptar todas aquellas medidas que permitan «mitigar» adecuadamente dichos riesgos. El texto añade que corresponderá a una autoridad administrativa designada por parte de los Estados miembros —y, en última instancia, a la Comisión— determinar si dichas medidas son suficientes o si deben ser complementadas o mejoradas. Es evidente el impacto potencial en la libertad de expresión que puede llegar a generar la implementación de tan vagas e imprecisas previsiones. Concretamente, pueden suponer un incentivo para que las plataformas limiten cualquier forma de discurso que, aun siendo

legal, tenga atisbos de nocividad (pensemos en determinados discursos minoritarios o marginales), así como la habilitación para que una autoridad pública promueva (aunque sea de forma indirecta) la restricción de dichas formas de expresión.

3.2.5. Iniciativas nacionales. La NetzDG

Sin perjuicio de la necesidad de contar con una legislación a nivel europeo en materia de regulación de plataformas, fundamental en la conformación del mercado interior digital, lo cierto es que un cierto número de miembros importantes de la UE han tomado ya de forma individual la iniciativa de imponer una serie de novedosas obligaciones a las redes sociales, particularmente en materia de control de contenidos ilegales. Una de las iniciativas más tempranas —que, hasta ahora, ha sido la que ha suscitado mayor debate— fue tomada por Alemania. Concretamente, el 1 de enero de 2018 entró en vigor la comúnmente conocida como NetzDG, abreviación de Netzwerkdurchsetzungsgesetz, palabra compuesta que podría traducirse como ley reguladora de la aplicación del ordenamiento jurídico en las redes. Esta norma fue objeto de un gran número de controversias y críticas, y ha sido tildada de desproporcionada, inadecuada y promotora de la censura privada en Intenet por las organizaciones defensoras de los derechos fundamentales en línea.

En síntesis, la NetzDG obliga a las grandes plataformas (aquellas que tienen más de dos millones de usuarios en Alemania) a proporcionar a estos los mecanismos para denunciar ante a las compañías privadas un amplio elenco de categorías delictivas ya incluidas en la legislación penal vigente. Una vez recibida la correspondiente denuncia, corresponde a la plataforma determinar si el contenido es auténticamente ilegal. A tal efecto, y según la NetzDG, en el caso de que el contenido sea «manifiestamente ilegal», las plataformas deben retirarlo en 24 horas. En los supuestos en los que dicha determinación sea más compleja, la remoción deberá llevarse a cabo en el plazo de siete días. El incumplimiento de tales obligaciones se sanciona con multas de hasta 50 millones de euros. Asimismo, las plataformas están obligadas a publicar «informes de transparencia» en los que se reflejen las decisiones adoptadas en materia de control (o «moderación», en la terminología al uso) de contenidos. Una reforma posterior obliga a las plataformas no solamente a eliminar, sino también a denunciar ante la Policía Criminal Federal una serie de delitos graves, entre los que se incluyen las diversas modalidades de discurso de odio, la propaganda extremista, las expresiones gráficas de violencia o las amenazas de asesinato o violación.

La NetzDG puede considerarse una ley realmente única tanto por el tipo de obligaciones que impone a este tipo de proveedores como por su extensión y minuciosidad, así como por la gravedad de las sanciones que contempla en casos de contravención de sus previsiones. Aunque su efectividad como herramienta para combatir y eliminar ciertas formas de contenido ilegal en línea está aún pendiente de ser demostrada con datos fiables, lo cierto es que la fama de la NetzDG alcanzó escala mundial y su aprobación por parte de una democracia liberal europea ha sido positivamente valorada y explícitamente utilizada por países con regímenes autoritarios o semiautoritarios en otras partes del mundo como justificación para expedir normas considerablemente restrictivas aparentemente inspiradas

en aquella. Entre estos países se encuentran Rusia, Venezuela, Bielorrusia, Honduras, Malasia, Singapur o Filipinas.

Dicho lo anterior, también es necesario señalar que una norma de estas características comporta un riesgo evidente de sobre-remoción e incluso potencial sobre-denuncia de contenidos. Si pende sobre las plataformas una espada de Damocles en forma de grandes multas en aquellos casos en los que no han acertado a la hora de identificar y calificar determinado contenido como ilegal, está claro que dichas compañías preferirán «pecar por exceso» antes que «por defecto» y tenderán a eliminar (y eventualmente a denunciar) cualquier contenido que suscite la mínima sospecha de ilegalidad. Es evidente el impacto que ello tiene sobre el ejercicio de la libertad de expresión, especialmente si tenemos en cuenta el hecho de que, en puridad, no estamos frente a una decisión de carácter estrictamente privado, sino ante una limitación materialmente implementada por una compañía privada, aunque sobre la base de una obligación —y aun podríamos decir «presión»— derivada de una norma jurídica cuyo cumplimiento es verificado por parte de las autoridades.

La segunda reflexión está en buena medida ligada a la primera. Siendo cierto todo lo anterior, será necesario concluir que, en puridad, nos encontramos ante el ejercicio delegado de la potestad (típicamente estatal hasta la fecha) de determinar la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión y, lo que es más importante, de actuar en consecuencia (especialmente en lo que se refiere a la retirada del contenido correspondiente).

Es evidente que, sobre la base de su propio modelo de negocio, las plataformas defienden el derecho a establecer sus propias condiciones de uso y normas de comportamiento, por lo que, en principio, los usuarios deberían asumir que los límites y parámetros que rigen en el entorno virtual correspondiente no son los propios de un espacio público abierto. Sin embargo, en aquellos casos en los que las plataformas son forzadas a convertirse en un instrumento de aplicación de normas jurídicas, no estarán ya actuando como meros sujetos privados, sino como intérpretes y ejecutores, *ex lege*, de la delimitación nada más y nada menos que del legítimo ejercicio de un derecho fundamental. Es verdad que todas estas decisiones podrían sujetarse en última instancia a control jurisdiccional, pero el impacto de la remoción inmediata de determinado contenido difícilmente podrá compensarse con una decisión judicial favorable a las pretensiones de su autor.

4. INTERNET Y LA REGULACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

4.1. INTRODUCCIÓN

La moderación privada de contenidos por parte de las plataformas en línea se concreta en una serie de mecanismos de gobernanza que estructuran la participación en una comunidad virtual para facilitar la cooperación y el debate y prevenir el abuso. Las plataformas tienden a promover la civilidad de los debates y las interacciones para facilitar la comuni-

cación entre los usuarios, y adoptan sus decisiones sobre la base de una serie de principios y estándares internos (por ejemplo, las Normas de la Comunidad de Facebook, las Reglas y Políticas de Twitter o las Normas de la Comunidad de YouTube).

En cualquier caso, está claro que las plataformas tienen el poder de dar forma y regular el discurso en línea más allá de las disposiciones de la legislación nacional de una manera muy poderosa. La suspensión unilateral de las cuentas privadas del expresidente estadounidense Donald Trump en varias de las principales plataformas de redes sociales se ha convertido en una señal muy clara de este poder.

Lo que en estos momentos resulta claro es que el margen de discrecionalidad —e incluso de opacidad— del que disponen estas empresas de alcance global y con miles de millones de usuarios para establecer e interpretar las reglas que rigen la expresión de aquellos (hay que insistir, más allá de la legalidad vigente) es muy amplio. Estas reglas tienen, en particular, un impacto tanto local como global en la forma en que se difunden los hechos, ideas y opiniones sobre asuntos de interés público.

Muchos autores y organizaciones han advertido que los intermediarios promueven determinados tipos de contenido (en particular, contenidos generalmente adjetivados como «nocivos» o «dañinos») para maximizar la participación de los usuarios, estimular la adicción, orientar las conductas y fomentar la polarización. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que mientras la frontera entre lo legal y lo ilegal la marca el ordenamiento jurídico y se somete en última instancia al criterio judicial, la determinación de lo que es «bueno» o «malo» para nosotros supone un grado muy alto de subjetividad, dado que aquello que pueda ser considerado chocante, ofensivo o contraproducente variará en función de la sensibilidad, la cultura o la educación de quien consuma el contenido en cuestión. Ello abre, pues, la cuestión de la conveniencia de encomendar a corporaciones privadas carentes de los necesarios arraigos lingüísticos o culturales en los diferentes territorios en los que operan una tarea que, en realidad, corresponde a la responsabilidad social, la educación y la autonomía individual. Dicho de otro modo, no podemos solucionar nuestras carencias educativas y sociales sin olvidar que las redes sociales son poco más que el reflejo —quizá aumentado en algunos casos, pero reflejo, en definitiva— que un espejo proyecta de nosotros mismos.

Las plataformas no solo establecen y hacen cumplir reglas privadas respecto al contenido publicado por sus usuarios. También asumen por iniciativa propia la tarea de supervisión y vigilancia de sus propios espacios (a menudo a través de sistemas de filtrado automáticos o de inteligencia artificial) y desempeñan un papel fundamental en la determinación de qué contenido es visible en línea y qué contenido, aunque publicado, es menos accesible o destacado que otros. Aunque es cierto que lo que acaba siendo ofrecido o es especialmente visible para cada usuario es el resultado de la interacción bilateral entre este (incluyendo aquí sus preferencias, sesgos, elecciones previas, etc.) y los propios sistemas de recomendación, es necesario insistir en el hecho de que estos últimos juegan un papel importante de control en términos de priorización, ampliación o restricción del acceso a los contenidos.

Asimismo, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que ningún sistema de recomendación de contenidos por parte de las plataformas, especialmente si funciona con un cierto grado de automatización o sobre la base de sistemas de inteligencia artificial, funcionará de manera completamente neutral o predecible. Esto se debe no solo a la influencia que ejercen en este contexto las propias preferencias de los usuarios, sino también al hecho de que las políticas de contenido de las plataformas a menudo se basan en una combinación compleja de diferentes principios: estimular la participación del usuario, respetar ciertos valores de interés público, o promover la adhesión a determinada concepción del derecho a la libertad de expresión.

Probablemente, el único supuesto en el que las políticas de moderación de contenidos de una plataforma podrían merecer la calificación de neutrales sería, de hecho, el de su ausencia. Sin embargo, pretender que las plataformas (especialmente las redes sociales más utilizadas) acepten (voluntariamente o por obligación legal) albergar, sin categorización ni criterios preestablecidos, cualquier contenido no susceptible de ser considerado ilegal las transformaría en ciénagas en las que el spam, la desinformación, la pornografía, la pro-anorexia y otras modalidades de información potencialmente dañina o indeseable acabarían conformando la mayor parte de los contenidos ofrecidos cotidianamente a los usuarios. Este escenario no es atractivo ni para estos ni principalmente para las propias plataformas, cuyo modelo de negocio se basa en ofrecer a los usuarios una *experiencia* modelada de conformidad con sus gustos e inclinaciones. Asimismo, algunas iniciativas de este tipo (como *4chan* o *8chan* en Estados Unidos) han demostrado que, en general, las plataformas de esta naturaleza suelen ser utilizadas por grupos que promueven valores antidemocráticos, cuestionan la legitimidad de los procesos electorales y difunden contenidos contrarios a los principios básicos de la dignidad humana, al menos en el modo en que este principio se entiende y protege en Europa.

En segundo lugar, a pesar de que una herramienta de filtrado automático o inteligencia artificial haya sido diseñada con el mayor grado de precisión posible, sigue siendo muy complicado predecir su funcionamiento y sus resultados en la práctica. Los resultados inesperados no son infrecuentes, y los factores y fallos que los han originado solamente pueden ser tratados, por regla general, una vez se han producido. Algunos de estos fallos podrían tener un impacto importante en los derechos fundamentales, particularmente en lo que respecta a la consolidación de sesgos y conductas discriminatorias.

El tercer ámbito problemático se refiere a la idea de la llamada irreductibilidad computacional de cualquier conjunto de reglas éticas/legales previamente definido. En pocas palabras, no puede esperarse razonablemente que un conjunto finito de principios o reglas computacionales que guían los sistemas automatizados de evaluación o categorización de contenidos pueda comportarse siempre exactamente de acuerdo con —y sirviendo a— los propósitos de un sistema previo de principios y reglas de carácter legal o ético. La aplicación a casos concretos de normas computacionales siempre acabará dando lugar a situaciones no previstas y, por lo tanto, será necesario definir nuevas normas para manejarlas correctamente.

4.2. ¿EXISTE LA CENSURA PRIVADA POR PARTE DE LAS PLATAFORMAS?

La ya mencionada decisión, adoptada por una serie de plataformas, de cancelar la cuenta del presidente estadounidense Donald Trump a comienzos de 2021 espoleó con fuerza un debate que venía ya desarrollándose y que seguramente requiere un análisis jurídico más profundo que el de los titulares o las simplificaciones con las que generalmente se aborda el tema. La cuestión no es solo ni principalmente si Twitter o Facebook pueden censurar a Donald Trump, sino —y este es un asunto previo— si la decisión de estas plataformas de aplicar sus normas internas de uso frente a quien parece haberlas vulnerado constituye en puridad un acto de censura y, por ende, una violación del derecho fundamental a la libertad de expresión.

El derecho fundamental a la libertad de expresión proclamado tanto en el sistema europeo como en el estadounidense protege a los individuos frente a posibles intromisiones o limitaciones provenientes de los poderes públicos. En el caso de los Estados Unidos, la interpretación y la doctrina jurisprudenciales son muy claras respecto a las plataformas o redes sociales como Twitter o Facebook. Las redes no son un foro público, sino un espacio de carácter privado en el que los usuarios se someten a las normas internas establecidas por la plataforma correspondiente. Quienes ostentan el derecho a la libertad de expresión son las propias redes sociales. La imposición legal o judicial de la obligación de mantener una determinada publicación en contra de su criterio o sus propias políticas de moderación de contenidos sería, pues, *compelled speech* y, por lo tanto, constituiría una violación de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana.

En Europa (y aquí hay que entender tanto el marco de tutela de derechos fundamentales que representa el espacio del Consejo de Europa como el entorno más acotado de la Unión Europea), la protección del derecho a la libertad de expresión también se articula, en principio, en torno al eje Estado/individuo. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es difícil encontrar sentencias que reconozcan un efecto «horizontal» al derecho a la libertad de expresión (es decir de una persona o entidad privada frente a otra), y los muy escasos ejemplos de ello hacen referencia a dinámicas muy específicas (por ejemplo, la relación entre empleado y empleador) y a su conexión con otros derechos fundamentales (particularmente, la no discriminación). En el ámbito de la Unión Europea tampoco existe un reconocimiento de la protección de la libertad de expresión en las relaciones privadas, si bien las normas recientemente aprobadas o propuestas, ya mencionadas anteriormente en materia de regulación de plataformas (por ejemplo, las Directivas en materia de propiedad intelectual o servicios audiovisuales, el Reglamento sobre contenidos terroristas en línea o la propuesta de Ley de Servicios Digitales), sí establecen de forma muy genérica que, a la hora de adoptar determinadas decisiones en materia de moderación de contenidos (particularmente, en casos de contenidos aparentemente ilegales), las corporaciones privadas deberán «tener especialmente en cuenta» el impacto de dichas medidas en el derecho repetidamente mencionado. Lo que tal aserto significa realmente en la práctica queda todavía pendiente de ser precisado en casos concretos y en futuras y esperables decisiones del Tribunal de Justicia.

Ciertamente, en países como Alemania o Italia existen ya algunas resoluciones judiciales (generalmente de primera instancia) en las que se ha obligado a redes sociales a reestablecer un contenido retirado por aquellas, al considerar el tribunal en cuestión que la retirada suponía una violación del derecho a la libertad de expresión. Se trata, sin embargo y por ahora, de resoluciones puntuales en las que, generalmente, el órgano juzgador ha entendido que la restricción de la libertad de expresión generaba a un perjuicio considerable a otros derechos o a la propia «función social» del contenido retirado (por ejemplo, la eliminación de la cuenta de Facebook de un partido político en periodo electoral).

Precisamente en esta última materia, la Junta Electoral Central analizó a través de su Acuerdo 146/2021 de 25 de febrero la decisión de Twitter de suspender durante 8 días la cuenta del partido político VOX en dicha red social estando convocadas las elecciones al Parlamento de Cataluña de 14 de febrero de 2021. Hay que tener presente, en todo caso, que la decisión de la Junta recayó en un momento en el que la suspensión ya no estaba en vigor. Para justificar la suspensión, Twitter argumentó que un tuit en el que se afirmaba que «[…] son los musulmanes o las personas de origen magrebí quienes cometen el 93 % de los delitos en Cataluña» constituía una violación de la política relativa a las conductas de incitación al odio vigente en esta red social.

De entrada, la Junta considera que, si bien Twitter se ha convertido en una herramienta de interacción y comunicación social con una enorme difusión y una indiscutible relevancia, su naturaleza de «[…] canal de comunicación que permite a sus usuarios el envío e intercambio de mensajes de texto breves a grupos reducidos de seguidores o, de forma abierta, a todo el público» hace imposible su encaje en el concepto de «medios de comunicación privados» al que hace referencia el artículo 66.2 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG). Dicho precepto constriñe, precisamente, las decisiones editoriales de este tipo de medios de comunicación en periodo electoral en aras del necesario respeto de «[…] los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales, así como en la información relativa a la campaña electoral». Asimismo, y en cuanto a los pilares fundamentales de su decisión, la Junta realiza tres consideraciones de gran interés en el presente contexto.

En primer lugar, la Junta reconoce «[…] los peligros y riesgos que pueden suponer algunas decisiones de los responsables de las redes sociales durante la campaña electoral», especialmente si se tiene en cuenta la perentoriedad de los periodos electorales y la consiguiente dificultad para obtener una tutela judicial eficaz, así como el hecho de que, en la actualidad, la mayor parte de redes sociales disponen del poder de adoptar este tipo decisiones de conformidad con sus normas privadas internas y sin oír con carácter previo a las personas perjudicadas. En todo caso, estas cuestiones deberían abordarse, señala la Junta, en el marco de una futura reforma legislativa.

En segundo lugar, y precisamente derivado de lo anterior, «[…] la inexistencia de previsión en la normativa electoral vigente solo permite a la Administración electoral actuar en casos extremos en que considere que se haya podido producir una vulneración grave de los principios de pluralismo político, transparencia, objetividad o igualdad entre las candida-

turas electorales». La Junta no concreta cuáles son los supuestos en los que se podrá apreciar la existencia de casos susceptibles de ser calificados como «extremos», aunque apunta como criterio y baremo destacado el principio de proporcionalidad.

Precisamente con base en la aplicación de dicho principio se observa, en tercer lugar, que la suspensión tuvo lugar durante un periodo bastante limitado de tiempo (8 días, como se ha dicho ya, de los cuales 5 corresponden a la campaña electoral), que nos encontrarnos ante un incumplimiento reiterado de las políticas internas de Twitter, y que los candidatos de VOX pudieron seguir utilizando sus cuentas individuales en esa misma red social sin limitaciones. Por todo ello, concluye que la medida adoptada no puede ser considerada desproporcionada.

Es importante destacar, finalmente, que la desestimación de la reclamación se fundamenta también en el hecho de que la Junta Electoral Central constata que los criterios que Twitter utiliza para definir y prohibir el discurso del odio en su entorno son equiparables a las previsiones contenidas tanto en la legislación nacional como en los estándares internacionales aplicables.

Esta decisión de la Junta Electoral tiene interés en la medida en que entra en la delicada materia de determinar la posible vulneración de derechos fundamentales por parte de una plataforma. En este caso, estaríamos hablando no solamente del derecho a la libertad de expresión, sino también —y principalmente— del derecho a la participación política. Sin embargo, es cierto que el supuesto enjuiciado se relaciona directamente con hechos acaecidos durante un proceso electoral, periodo que se encuentra ya particularmente regulado en el marco de nuestro ordenamiento, incluso en lo que se refiere a acciones que puedan llevar a cabo sujetos privados como los medios de comunicación tradicionales.

Habrá que ver, en todo caso, en qué términos se pronuncian, seguramente en un futuro próximo, más altas instancias judiciales y constitucionales, así como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos de esta naturaleza.

5. CONCLUSIÓN

Entender el alcance y los límites del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet requiere huir de tópicos y generalizaciones. La estructura de funcionamiento de Internet es más compleja de lo que podía parecer en el momento de su emergencia. Los mecanismos de control estatal, las tensiones geopolíticas, la ubicación de infraestructuras físicas fundamentales, así como el papel de los intermediarios privados que actúan en varios niveles o *capas* del funcionamiento de la red introducen condicionantes muy importantes tanto en lo que respecta a la gobernanza general de aquella como a la regulación de contenidos, servicios y aplicaciones.

El ejercicio y la regulación del ejercicio de la libertad de expresión en línea se ven, pues, condicionados por los factores referidos arriba, así como por el modo en el que tanto los

Estados como entidades regionales como la Unión Europea han introducido importantes regulaciones sobre dichas materias. No podemos olvidar tampoco que en el terreno de la protección regional e internacional de los derechos humanos ha ido surgiendo igualmente un *corpus* de nuevos estándares orientados a guiar el modo en el que los Estados deben respetar y proteger del derecho a la libertad de expresión en el nuevo entorno digital.

En todo caso, y tal y como se ha intentado mostrar, muchos debates continúan todavía abiertos. Solamente una actitud rigurosa, comprometida con los derechos humanos y conocedora de las claves del funcionamiento de Internet y del comportamiento y las capacidades de los actores implicados permitirá disponer de un marco regulatorio adecuado y proporcionado, alejado de visiones políticas cortoplacistas y de tendencias autoritarias.

NOTAS

1. *Vid.* el informe del relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y llibertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (27 de febrero de 2018). Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Terrorism/A_HRC_37_52.pdf>.

2. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017682QPC.htm>.

BIBLIOGRAFÍA

BARATA MIR, Joan (2021): «The Digital Services Act and social media power to regulate speech», en Cappello, en M. Capello (ed.), *Unravelling the Digital Services Act Package*, Estrasburgo: European Audiovisual Observatory, 7-21.

BARLOW, John Perry (1996): «A Declaration of the Independence of Cyberspace» [en línea] <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. [Consulta: 13/01/2022.]

— (2006): «Is Cyber Space Still Anti-Sovereign?» [en línea] <https://alumni.berkeley.edu/california-magazine/march-april-2006-can-we-know-everything/jp-barlow-cyberspace-still-anti>. [Consulta: 13/01/2022.]

GOLDMAN, Eric (2019): «Why Section 230 Is Better Than the First Amendment», *Notre Dame L. Rev. Reflection*, 95(1), 33-46.

KETTEMANN, Matthias C. y Anna Sophia TIEDEKE (2020): «Back up: can users sue platforms to reinstate deleted content?», *Internet Policy Review*, 9(2), 1-20.

LEERSSEN, Paddy (2020) «The Soap Box as a Black Box: Regulating Transparency in Social Media Recommender Systems», *European Journal of Law and Technology*, 11(2), 1-51.

WOLFRAM, Stephen (2019): «Optimizing for Engagement: Understanding the Use of Persuasive Technology on Internet Platforms» [en línea] <https://www.commerce.senate.gov/services/files/7A162A13-9F30-4F4F-89A1-91601DA485EE>. [Consulta: 13/01/2022.]

WU, Chien-Huei (2021): «Sovereignty Fever: The Territorial Turn of Global Cyber Order», *ZaöRV*, 81, 651-676.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.

LA CENSURA «PRIVADA» DE LAS GRANDES CORPORACIONES DIGITALES Y EL NUEVO SISTEMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

THE «PRIVATE» CENSORSHIP OF LARGE DIGITAL CORPORATIONS AND THE EMERGING SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION

Víctor J. Vázquez Alonso

Profesor de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Este trabajo aboga por un enfoque de la censura privada llevada a cabo por las redes sociales que parta de una comprensión híbrida de la naturaleza jurídica de estas redes. Las grandes plataformas de Internet no podrían ser consideradas ya como meras empresas privadas, sino, en determinados contextos, como foros de naturaleza pública. En este artículo se defiende que ese es el enfoque que se ha ido desarrollándose en el Derecho de la Unión Europea y, en último término, en la inminente Digital Services Act.

PALABRAS CLAVE

Censura privada, naturaleza jurídica de las redes sociales, Digital Services Act.

ABSTRACT

This paper advocates an approach to private censorship carried out by social networks, based on a hybrid understanding of the legal nature of these networks. The large Internet platforms could no longer be considered as mere private companies but, in certain contexts, as a public forum. this article argues that this is the approach that has been developed in European Union law and, ultimately, in the imminent Digital Services Act.

KEYWORDS

Private censure, legal nature of networks, Digital Services Act.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.040

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación, La neutralidad institucional en el estado constitucional - PID2019-106043.

LA CENSURA «PRIVADA» DE LAS GRANDES CORPORACIONES DIGITALES Y EL NUEVO SISTEMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Víctor J. Vázquez Alonso
Profesor de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Introducción. Revolución técnica y obsolescencia jurídica. 2. El distanciamiento europeo del dogma norteamericano: de la impunidad a la nueva naturaleza jurídica de los intermediarios digitales. 3. Las redes sociales como foros de dimensión híbrida, público-privada. 4. El problema constitucional de la censura vicaria. Indagando en la Digital Services Act. 5. A modo de conclusión. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. REVOLUCIÓN TÉCNICA Y OBSOLESCENCIA JURÍDICA

Es ya tarea de los historiadores describir con precisión los efectos sociales que ha provocado el gran cambio tecnológico introducido hace ya muchos años con la irrupción de Internet. A este respecto, la disyuntiva radica, en buena medida, entre la asunción de que se ha producido una revolución, es decir, un cambio profundo en nuestras estructuras políti-

cas y sociales, o bien, de forma más dramática, la aceptación de que, en puridad, asistimos a un verdadero momento disruptivo (García, 2021), es decir, a una ruptura o interrupción radical de ciertos presupuestos organizativos básicos en democracia (Lassalle, 2019) cuyo origen radicaría en la nueva realidad técnica del hombre (Blühdorn, 2020). En cualquier caso, incluso en un ámbito del conocimiento tan apegado a la prudencia y a la autoridad del precedente como es el del Derecho, resulta muy difícil no reconocer que el sistema jurídico de la libertad de expresión e información se ha visto superado por la revolución digital. El hecho de que los manuales de Derecho de la comunicación sigan, muchos años después de la irrupción de Internet, haciendo alusión a la necesidad de adecuación de ese sistema a las nuevas circunstancias impuestas por la técnica no deja de ser, a este respecto, una suerte de reconocimiento de que en este ámbito jurídico el Derecho está llamado a padecer una suerte de obsolescencia perpetua.

Desde luego, podría discutirse, sobre la base de un análisis empírico de la jurisprudencia, hasta qué punto la comunicación a través de Internet ha provocado un cambio cultural en la comprensión del contenido protegido por ciertos derechos como la intimidad o la propia imagen (Boix Palop, 2016) o si pueden predicarse límites específicos a la libertad de expresión o de información en aquellos supuestos en los que el canal de difusión es la red (De Miguel, 2016). La finalidad de este trabajo es, sin embargo, otra. Lo que aquí vamos a analizar es el modo en que la propia regulación jurídica que surge por y para «la nueva sociedad de la información» —y no ya las categorías clásicas— es objeto, hoy, específicamente en el Derecho europeo, de un replanteamiento integral que culmina, en mi opinión, y como intentaré justificar, en una nueva comprensión de la naturaleza jurídica de las grandes corporaciones de la sociedad de la información. Y lo haremos a partir de la reflexión en torno a uno de los principales interrogantes jurídicos que se plantean en este ámbito regulatorio, a saber: ¿cuál es el margen que las corporaciones digitales que prestan servicios interactivos de comunicación tienen para regular y, en su caso, censurar los contenidos compartidos por terceros a través de estas?

2. EL DISTANCIAMIENTO EUROPEO DEL DOGMA NORTEAMERICANO: DE LA IMPUNIDAD A LA NUEVA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INTERMEDIARIOS DIGITALES

El gran cambio que Internet ha provocado dentro del sistema clásico de la libertad de expresión tiene como punto de partida la irrupción de unos nuevos actores, los denominados intermediarios digitales, que no encajan dentro del triángulo jurídico que, hasta ese momento, delimitaba el régimen de las libertades comunicativas. Dicho triángulo estaría integrado, básicamente, por los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos. En el vértice de este, los medios de comunicación, en cuanto titulares del derecho a la libertad de expresión y de información, han ejercido un derecho de veto sobre los contenidos que a través de estos quisieran transmitirse. Por otro lado, y también como corolario lógico

de este derecho de veto, los propios medios serían responsables solidarios del contenido que cualquier persona, generalmente un periodista, transmita a través de ellos[1]. Finalmente, dentro de este triángulo, los ciudadanos, receptores últimos de la información, desempeñarían un papel fundamentalmente pasivo en la construcción de la opinión pública (Balkin, 2012).

Como señalaba, las empresas de intermediación que irrumpen en el nuevo ecosistema tecnológico de la información no pueden ubicarse, en principio, dentro del polígono de tres vértices descrito. De hecho, dada la extremada variedad de los servicios que estos intermediarios prestan en el mercado digital de la comunicación, creo que puede afirmarse que el propio triángulo sirve ya como metáfora geométrica para explicar un ámbito al que, como iremos viendo, se le han sumado nuevos vértices. En cualquier caso, esa tarea de mera intermediación de la que hablábamos fue percibida en su origen como una labor neutral en su esencia, al contrario que la de los medios de comunicación clásicos. Frente a las empresas de comunicación heredadas de la era analógica, caracterizadas por su tendencia o línea editorial, las nuevas corporaciones digitales se caracterizarían por su «neutralidad» en la gestión de los contenidos. Esta «neutralidad técnica» estaría, en principio, en perfecta sintonía con el sustrato liberal de nuestras democracias, que ahora dispondrían de un escenario de expresión pura, ya que los diferentes discursos estarían en condiciones de competir en un mercado abierto y desregulado, de tal forma que la formación de la opinión pública se vería favorecida por la contribución directa de actores que hasta ahora debían superar el difícil filtro de los medios de comunicación institucionalizados para hacerse oír[2].

Esta lógica liberal, y también utópica, está presente en la que es considerada como la norma funcional de Internet, la sección 230 de la Communications Decency Act, aprobada por el Congreso norteamericano en los mismos albores de la red, cuya influencia ha sido determinante, como veremos, en el Derecho europeo. Dicha sección establece, en primer término, que los proveedores y usuarios de los servicios informáticos no pueden ser tratados como editores de aquel contenido que sea suministrado por un tercero. Igualmente, la norma exime de responsabilidad a los operadores informáticos interactivos por la eliminación de contenidos, incluso cuando se trate de un contenido protegido por la Primera Enmienda. En definitiva, como podemos observar, lo que la Sección 230 garantiza, a través de una extensión de la doctrina jurídica del buen samaritano a estas plataformas[3], es la irresponsabilidad de los intermediarios tanto por aquello que a través de sus canales se comparta como por lo que estos decidan eliminar haciendo uso de sus facultades de moderación[4].

Lo cierto es que, con la 230 de la Decency Act, nos encontramos ante una de esas decisiones legislativas que, de alguna forma, determinan la propia interpretación de la Constitución. Así, más allá de lo extremadamente difícil que resulta imaginar una derogación o modificación parcial de este precepto[5] —téngase en cuenta, a este respecto, la fuerza que ejercen como grupos de presión las grandes corporaciones digitales—, lo cierto es que un sector muy numeroso de la doctrina interpreta que la plena discrecionalidad de la que disfrutan las empresas que prestan servicios de intermediación en Internet

para moderar y censurar a su antojo los contenidos está amparada por la propia Primera Enmienda, y ello en la medida en que estas corporaciones serían titulares de la libertad de expresión[6].

Como puede verse, en este ámbito regulatorio, el estado de la cuestión en el Derecho norteamericano no deja de ser contradictorio. Y es que si, por un lado, la idea de neutralidad de la red la sirve de fundamento para eximir de responsabilidad a las empresas de intermediación de contenidos, incentivando así la ausencia de controles que puedan provocar un «efecto desaliento» en el ejercicio de la libertad de expresión, por otro lado esa misma impunidad jurídica por la censura de contenidos que estas decidan llevar a cabo parece jugar en un sentido contrario. Es decir, permite asimilar esta labor de control y moderación a una labor editorial clásica, solo que, en este caso, con una prerrogativa inexistente en otros ámbitos del Derecho de la comunicación: la irresponsabilidad por los contenidos que a través de ella sean difundidos[7].

Pero las contradicciones del Derecho norteamericano en esta esfera van más allá. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la ya lejana *Reno vs. American Civil Liberties Union*[8], definió Internet como un «vasto foro democrático», subrayando, con innegable acierto prospectivo, que este nuevo ecosistema tecnológico iba a ser determinante para la formación de la opinión pública y que, por lo tanto, debían proyectarse sobre él, con toda su intensidad, las garantías que el ordenamiento constitucional brinda al discurso protegido. Como puede intuirse, es la idea de foro público, central en el desarrollo de la doctrina de la Primera Enmienda en los Estados Unidos, que alude a aquellos espacios donde no es lícita la exclusión de ningún discurso por razón de su contenido, la que subyace en esta temprana jurisprudencia del Tribunal Supremo[9]. En coherencia con la misma, la propia Corte ha sostenido que es contrario a la Primera Enmienda que el Estado prohíba a los ciudadanos el acceso a una red social como Facebook[10], y la jurisprudencia de los Tribunales de Circuito ha asumido como propia la doctrina de que el perfil de los representantes públicos en las redes sociales ha de ser considerado como un foro público, de tal forma que estos no pueden bloquear a los usuarios por los comentarios que hagan en su *timeline*. Esta jurisprudencia, como es sabido, tiene su más célebre exponente en la sentencia, reiterada en sucesivas instancias y no admitida a trámite para su *certiorary* por el Tribunal Supremo, que declaraba que Donald Trump había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de una serie de usuarios bloqueados desde su perfil privado de Twitter cuando era presidente[11].

En cualquier caso, el propio Trump fue censurado y finalmente cancelado en esta red social, que actuaba, hay que insistir en ello, con la plena seguridad de que estaba jurídicamente amparada para llevar a cabo este acto de censura no ya por la sección 230 de la Decency act, sino, como hemos visto, por la propia Constitución. En este sentido, la esquizofrenia en la que se mueve el Derecho norteamericano puede sintetizarse del siguiente modo: el presidente de los Estados Unidos no puede bloquearte en Twitter, porque su *timeline* es un foro público, pero Twitter sí puede bloquearlo a él.

Vale la pena, en relación con lo expuesto, recordar que, a raíz de la cancelación de la cuenta del presidente norteamericano, diferentes dirigentes europeos, entre ellos Angela Merkel, manifestaron su preocupación por la absoluta discrecionalidad con la que una red social puede expulsar de su foro a un jefe de Estado[12]. Desde luego, a nadie puede sorprender que la idea de un poder salvaje, no embridado por el Derecho, y que rivalice con los propios estados en el gobierno de ciertos ámbitos determinantes, entre otras cosas, para la formación de la voluntad general, provoque suspicacias[13]. Por otro lado, y a la luz de la gravedad de los sucesos acontecidos en el Capitolio, resulta inevitable especular, como hizo el profesor Villacañas, sobre lo que podría haber ocurrido y sobre los resortes que, en definitiva, habría tenido el Derecho si el «ciberlevitán» hubiera decidido, en el marco de su absoluta discrecionalidad, no enfrentarse a la insurrección, sino apostar por ella[14].

En cualquier caso, como intentaré explicar en adelante, el distanciamiento con el que se ha visto desde Europa el desarrollo de este sector del ordenamiento jurídico en los Estados Unidos tiene que ver con el progresivo afianzamiento, sobre todo en el ámbito de la Unión Europea, de una nueva comprensión de la naturaleza jurídica de las grandes compañías de Internet que atiende específicamente a la vinculación con el interés general de la función que estas desempeñan en distintos ámbitos. A este respecto, si bien, en su origen, es inequívoca la incidencia que tuvo el Derecho norteamericano en la Directiva sobre comercio electrónico —la piedra angular de la regulación europea[15]—, en la actualidad, el Derecho europeo se mueve en unos parámetros cada vez más diferenciados.

Cuando cambian los hechos, cambian las opiniones, decía el viejo Keynes, y, en primer lugar, bajo esta máxima es como podemos explicarnos el giro, ya mencionado, que se ha producido en la comprensión de la naturaleza jurídica de las grandes corporaciones digitales. El cambio, en este caso, tiene que ver con la constatación de que algunos de los presupuestos utópicos que determinaron la aproximación jurídica originaria a Internet se han demostrado erróneos.

El primero de ellos es aquel que consideraba que la apertura ofrecida por la red a nuevas voces y discursos, unida a la propia horizontalidad de un medio interactivo donde los ciudadanos son actores y no meros receptores pasivos en el proceso de formación de la opinión pública, iba a traer consigo una profundización en los valores democráticos, favoreciendo la deliberación y la propia conciencia de la falibilidad de nuestras opiniones. Como desde hace tiempo ponen de manifiesto los psicólogos sociales, lejos de esta previsión, la realidad es que existe una tendencia a acudir a la red para consolidar nuestros propios prejuicios[16], lo cual, a su vez, redunda en un incremento exponencial de la polarización política (Sunstein, 2017). Se trata de una tendencia que, importa señalarlo, no es puramente espontánea, sino que está condicionada por el propio diseño tecnológico de estos foros, cuyos algoritmos nos redirigen, en función de nuestras elecciones, a contenidos que confirman afinidades y fobias (Kramer, Guillory y Hancock, 2014).

En segundo lugar, la flexibilidad para la incorporación de nuevos actores al mercado de servicios dentro de una plataforma como Internet, donde la desregulación se interpretaba como un incentivo a la innovación tecnológica, no ha sido, en la práctica, el pre-

supuesto para la consolidación de una oferta amplía, variada y competitiva de servicios, sino al contrario. En Internet se han forjado monopolios transnacionales con unas dimensiones hasta ahora inéditas, y dotados de una capacidad extraordinaria para analizar de forma automatizada las pautas del comportamiento humano, los hábitos de consumo y las dinámicas sociopolíticas[17]. Desde esta posición monopolística, y a través de las herramientas tecnológicas de las que disponen, su capacidad para incidir en los procesos de formación de la voluntad democrática es igualmente extraordinaria[18]. Si se suponía que Internet iba a contribuir a disipar el temor liberal de que el mercado de las ideas se viera corrompido por la concentración de medios de la comunicación, la realidad es que, a la postre, en la fotografía del mercado de comunicación digital, destaca la presencia de grandes corporaciones cuyo monopolio de mercado es transnacional, y que poseen, además, una capacidad mucho mayor que la que ninguna otra empresa de comunicación jamás haya tenido para incidir, a través de sus políticas empresariales, en la formación de la opinión pública. En definitiva, como de forma muy cruda ha señalado Villaverde, buena parte de los IITT […] son medios de comunicación y además parciales», de tal forma que «[…] la utopía libertaria se desvanece ante la evidencia de los hechos» (Villaverde Menéndez, 2020: 28).

Tomando en consideración lo antedicho, el ideal desregulador de la red, y la garantía, no solo de un espacio de autonomía, sino también de una importante cuota de irresponsabilidad para los grandes prestadores de servicios en red se ha ido considerando progresivamente como una opción disfuncional en el Derecho europeo. A este respecto, lo cierto es que la regulación de la UE, contenida en la conocida Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico, sintonizaba, en principio, con la normativa norteamericana en sus principios medulares: la no obligatoriedad de la monitorización de contenidos y la irresponsabilidad jurídica de los intermediarios de Internet por el almacenamiento y difusión de contenidos ilícitos cuya ilicitud sea desconocida por el proveedor del servicio (Cotino, 2017). Sin embargo, también es cierto que el Derecho de la UE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[19] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[20] y las propias legislaciones nacionales aprobadas para la trasposición la Directiva de Comercio Electrónico[21] han llevado a cabo importantes matizaciones en distintos ámbitos sectoriales[22], relativizando de forma sustantiva ese principio general de irresponsabilidad[23]. Todo ello, sin duda, bajo el amparo de una cultura de la eficacia de los derechos en el ámbito de las relaciones entre particulares muy distante de la que rige en los Estados Unidos. Al respecto, el significativo distanciamiento respecto a la «ingenuidad original» de la Directiva europea del 2000 ha quedado reflejado tanto en la Ley Francesa de 2020, de «Lucha contra los contenidos del odio en internet»[24] como la ley alemana, «de aplicación de la red» aprobada en 2017[25]. Ambas normas redefinen el régimen de responsabilidad de las redes sociales en cuanto prestadoras de servicios en Internet, y me atrevo a decir que su incidencia en la Digital Services Act, el Reglamento que, con probabilidad, aprueben las instituciones europeas, y que analizaremos más adelante, es determinante.

En cualquier caso, tras la relativización de los principios que inspiraban la Directiva de Comercio electrónico a la que acabamos de hacer referencia subyace, en mi opinión, una

nueva compresión jurídica de las grandes corporaciones digitales que escapa de la visión norteamericana. Creo que ya es ajena al Derecho europeo esa idea radicalizada, digamos, en su fidelidad a la lógica del Derecho privado, de estas corporaciones, en virtud de la cual, pese a su posición monopolística y a la relevancia que para el interés público poseen los servicios que prestan, no dejarían de ser consideradas como meras empresas. Asistimos aquí, por el contrario, a un progresivo levantamiento del velo respecto a la verdadera naturaleza jurídica de estas corporaciones. Así, la conciencia de su relevancia material y de que su posición en el sistema de comunicación va más allá del tópico de la mera intermediación técnica, ha dado lugar en distintas áreas —entre ellas, la lucha contra el discurso del odio[26], el terrorismo[27] o la desinformación[28]— a una regulación de estas que asimila su estatuto jurídico al de entes específicamente vinculados a la consecución del interés general o, si se prefiere, como ya he dicho en alguna ocasión, a una suerte de entes vicariales del Estado —usando aquí este concepto en el significado que tiene en la tradición católica, a saber, la persona interpuesta que tiene las veces, el poder y las facultades para ejercer una competencia ajena, en este caso del Estado—.

3. LAS REDES SOCIALES COMO FOROS DE DIMENSIÓN HÍBRIDA, PÚBLICO-PRIVADA

Como hemos visto, son muchos los ejemplos de la progresiva deserción en el Derecho europeo del dogma de la neutralidad de los intermediarios digitales. En cualquier caso, creo que el punto de inflexión más significativo de esta nueva comprensión de las grandes corporaciones digitales lo hallamos en la ya remota jurisprudencia del TJUE a propósito de Google[29] y el derecho al olvido digital, en la que, como es sabido, se establece una doctrina que, más allá de abrir paso a la responsabilidad de Google por los contenidos que terceros indexan, en la práctica, y por usar un concepto clásico del Derecho administrativo, insta a esta empresa a participar en el ejercicio de una función pública (Gény, 1929: 19), en este caso, como señaló tempranamente con acierto el profesor Guichot, una función cuasi judicial: la tutela en primera instancia del derecho a la intimidad y a la protección de datos (Guichot, 2019: 55).

A este respecto, y volviendo a problema central que aquí abordamos, lo cierto es que el progresivo ensanchamiento de la responsabilidad de estas corporaciones en relación con los contenidos suministrados por terceros, y esta nueva comprensión jurídica de las grandes empresas digitales como entes que, en determinados ámbitos, cumplen funciones de interés público, prefigura también la propia respuesta jurídica que demos al interrogante de si los intermediarios digitales disfrutan o no de total discrecionalidad a la hora de censurar, en el ejercicio de libertad de empresa, los contenidos que consideren. En este sentido, la disyuntiva se plantea entre una comprensión de los denominados gigantes de Internet como foros privados —pese a su magnitud y concurrencia, y sin que pueda llevarse a cabo, por lo tanto, ninguna disciplina estatal que condicione el control de contenidos que dichas

empresas ejecuten—, y otra comprensión, digamos realista, de la función que algunas de estas empresas, como Facebook o Twitter, desempeñan en cuanto canalizadoras de la opinión pública y desde la cual cabría concluir que estamos ante foros de naturaleza híbrida, público-privada, de tal forma que el Estado podría imponer límites a sus políticas de moderación y control de contenidos, concretamente en aras de tutelar el valor del pluralismo democrático y las propias libertades de expresión e información.

Desde mi punto de vista, el Derecho europeo transita ya de forma irremediable hacia esta segunda comprensión de las grandes corporaciones de Internet y, específicamente, de las redes sociales. A ello contribuye, desde luego, no solo la ya mencionada asunción de la naturaleza jurídica específica de estas, sino también la propia doctrina consolidada en Europa sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Existen ya, a este respecto, precedentes judiciales que son buen exponente de esta, digamos, conciencia de la legitimidad estatal en el control de la disciplina que las redes sociales imponen sobre los contenidos. Así, sin ser un órgano judicial, es muy significativa la reciente resolución de la Junta Electoral Central española frente al recurso interpuesto por el partido político VOX tras haber sido suspendida su cuenta durante la última campaña electoral en Cataluña a raíz de la publicación de tuit de naturaleza xenófoba que vulneraría las reglas de Twitter[30]. El acuerdo de la Junta fue desestimatorio, pero lo relevante para nosotros es que se afirmó la competencia del órgano para censurar otro tipo de intervenciones en el pluralismo, más intensas e injustificadas, llevadas a cabo por estas corporaciones de la comunicación digital, cuya discrecionalidad en el control de contenidos, por lo menos en un contexto electoral, ya no sería plena.

Son también dignas de mención dos resoluciones enfrentadas de sendos tribunales de primera instancia romanos, que, en este caso, daban respuesta a demandas interpuestas por dos asociaciones de ideología fascista, *Casa Pound* y *Forza Nuova*, cuyas cuentas en Facebook fueron canceladas en virtud de la aplicación de las normas internas de la red social; en concreto, el estándar número 13 de la Comunidad, que excluye el discurso del odio en la red. La realidad es que, si bien los antecedentes de hecho son prácticamente fungibles en este caso, la aproximación de los jueces italianos fue, en la práctica, radicalmente diferente. Se trata, ciertamente, de decisiones que parten de ideas distintas sobre el derecho a la libertad de expresión y el pluralismo, pero que, en buena medida, coinciden tácitamente en lo que se refiere a la comprensión de la naturaleza jurídica de las redes sociales como espacios hegemónicos de comunicación pública. Para el Tribunal que conoce del caso *Casa Pound*, cancelar una cuenta vinculada a una asociación de carácter político debido a la orientación ideológica de sus comentarios distorsiona el valor constitucional del pluralismo, al impedir la participación plena en el debate público a una opción ideológica legítima en la sociedad italiana. Facebook, al igual que otras redes sociales, «[…] ocupa una posición particular en su relación con los usuarios», y por eso, para el juez, su relación con quienes utilizan sus servicios «[…] no es exactamente asimilable a la de dos sujetos privados»[31]. Esta circunstancia tiene una consecuencia jurídica fundamental, y es que Facebook, a hora de decidir la denegación de sus servicios a un usuario, tiene que tomar en consideración el marco constitucional de la libertad de expresión y no imponer más restricciones de acceso que las

que el ordenamiento italiano impone al discurso público. Por su parte, la Sala que conoce del recurso de *Forza Italia* valora también la singularidad de las redes sociales dentro del sistema de la libertad de expresión, si bien en este caso pone el acento en los riesgos que, desde la perspectiva de la tutela de ciertos valores constitucionales, traen consigo las posibilidades tecnológicas de amplificar el eco que la red ofrece a cualquier discurso. A partir de ahí, la sentencia hace un esfuerzo por sintetizar los principales hitos normativos tanto en el ámbito de las instituciones europeas como en el propio Derecho italiano en lo que se refiere a la lucha contra el denominado «discurso del odio» para evidenciar que la realidad normativa en Italia es una realidad no relativista frente a cierto tipo de discursos como aquel que esta asociación transmite a través de su perfil. A este respecto, la conclusión del tribunal es que Facebook no solo no ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión y el pluralismo político al inhabilitar el perfil de usuario de esta asociación política, sino que con dicha decisión la red social estaba cumpliendo con lo que el ordenamiento exige[32].

Estos dos litigios italianos pueden servirnos para hacer una reflexión general sobre algunas dificultades jurídicas que plantea el control estatal de la censura privada por parte de las grandes plataformas digitales.

Como ha ocurrido con el buscador Google y su labor de «tutela privada» de la intimidad y la protección de datos, es de esperar que los criterios que las redes sociales usen como propios para establecer sus reglas internas de moderación sintonicen cada vez más con aquellos criterios generales que el ordenamiento jurídico establece para delimitar los derechos de expresión y de información. Ahora bien, la primera dificultad que esto conlleva es que, como acabamos de ver en los dos casos italianos, esta delimitación no es ni mucho menos pacífica, tampoco estática, en los distintos ordenamientos jurídicos, de tal forma que la sintonía de las normas internas de la red social con los principios propios del ordenamiento constitucional carece de una referencia fija[33].

Por otro lado, y a la luz de la propia libertad de empresa, debemos preguntarnos si dicha sintonía ha de ser o no absoluta. Cabe argumentar, en este sentido, que una red social puede tener un interés legítimo en excluir un discurso protegido por la libertad de expresión al considerar, simplemente, que discursos de este tipo lastran seriamente su posición en el mercado de la comunicación. Dicha exclusión puede hacerse también sobre la base de unas premisas puramente éticas, algo que, en buena medida, pone de manifiesto que la separación entre estos prestadores de servicios digitales y las empresas editoriales de tendencia no es tan nítida como se en ocasiones se quiere hacer creer.

Entiendo, así, que no puede negarse un cierto margen a estas empresas para establecer unas reglas de moderación que puedan excluir ciertos discursos amparados, sin embargo, por la libertad de expresión. El desafío jurídico, en cualquier caso, es el de cifrar cuál es el límite de dichas corporaciones a la hora de situar sus políticas de moderación de forma autónoma. Desde luego, el establecimiento de ese umbral para juzgar las políticas de moderación dentro de foros cuya naturaleza es, como hemos dicho, híbrida, público-privada, requiere una casuística que aún se encuentra en una fase germinal. Sin embargo, considero que hay criterios que pueden servirnos de orientación.

A este respecto, en primer lugar, parece necesario diferenciar aquellas redes sociales que, por su número de usuarios, disfrutan de una posición hegemónica en el mercado a la hora de llevar a cabo determinadas políticas de moderación que se traduzcan en censuras ideológicas susceptibles de adulterar los procesos de participación política. Como se ha señalado al comienzo, el concepto genérico de «intermediario», acuñado jurídicamente antes de la irrupción de las grandes corporaciones de internet, ha servido para denominar e integrar en un régimen común a realidades muy diversas[34]. Se trata, en este sentido, de un concepto obsoleto y disfuncional, pues el cometido real de empresas como Google, Twitter o Facebook va más allá de la mera intermediación[35]. La autonomía reconocida a estas corporaciones para establecer criterios propios de fiscalización de contenido lícito ha de ser necesariamente más reducida. Y ello es así, también, por el propio diseño tecnológico de estas redes, abiertas por definición a la interacción y participación de los usuarios. Se trata de plataformas que aspiran a una suerte de expansión permanente, integrando en sí mismas distintos foros, todos ellos caracterizados por su apertura y su potencial interactivo. Muy diferente sería, en mi opinión, el enfoque que habría que adoptar a la hora de fiscalizar los criterios de moderación empleados por una red social de la que, por su diseño tecnológico y reglas de acceso, sea fácil deducir que se trata de un foro de naturaleza restringida, es decir, que no aspira a sustituir o ser asimilado, en el ámbito digital, a los foros de naturaleza pública.

Por el contrario, dada la naturaleza cuasi pública de los foros que han sido creados por empresas como Facebook o Twitter, y de su propia posición en el mercado, se impone, en estos casos, un alto grado de armonización entre sus reglas de la comunidad y la propia comprensión constitucional que exista sobre el contenido de las libertades de expresión y de información[36]. A este respecto, entiendo igualmente que cuanto más relevante para el público sea el discurso que a través de este canal se difunde, desde una perspectiva democrática estas corporaciones tendrán menos margen para censurar sobre sus propios criterios.

4. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA CENSURA VICARIA. INDAGANDO EN LA DIGITAL SERVICES ACT

La asunción de que incluso las grandes corporaciones digitales tienen un margen para restringir en su propio foro aquel discurso que el Estado debe permitir comporta el riesgo de que dichas corporaciones sean usadas por el Estado como entes vicariales para que censuren en sus foros aquello que, de forma general, no podría ser vetado por ningún poder público. Se trataría, en definitiva, de valerse del mayor margen a la hora de excluir discursos protegidos del que estas empresas disfrutan para eludir la eficacia del contenido de las libertades de comunicación frente al Estado, de tal forma que, aunque aparentemente sea la red social la que censura, en el fondo es una política estatal la que determina dicha intervención en el pluralismo. Como hemos visto, en el ámbito de la UE las grandes

corporaciones de Internet ya actúan en ciertos ámbitos como censores vicariales del Estado, al asumir dentro de sus criterios de autorregulación ciertas recomendaciones europeas (Rodríguez Izquierdo, 2019).

Esta idea de censura vicarial despierta, sin duda, justificadas suspicacias. El hecho de que los poderes públicos se parapeten en entidades privadas para restringir cualquier esfera de libertad no solo supone una amenaza para nuestra autonomía, sino que afecta de forma esencial a la propia lógica de la responsabilidad democrática. Usando una vieja expresión de Mark Tushnet, en democracia es esencial comprobar de qué están manchadas las manos de los poderes públicos. En todo caso, estas cautelas no deben, en mi opinión, llevarnos a la conclusión de que toda labor vicarial de fiscalización de contenidos por parte de las grandes corporaciones es censurable. Aceptar esa premisa sería dar la espalda a la propia realidad tecnológica y al hecho de que, en este ámbito, la relación entre el Estado y la sociedad está hoy muy desequilibrada en relevancia, conocimiento experto e innovación a favor de la segunda (Esteve, 2013), de tal forma que hay toda una serie de fines vinculados al interés general que los poderes públicos no pueden logar sin esa colaboración vicaria de estas corporaciones. Todo ello sin olvidar que determinadas patologías en la construcción de la opinión pública, aunque clásicas, adquieren una dimensión específica dentro de este ecosistema tecnológico que es la red. Piénsese, por ejemplo, en la mentira política (Galdámez, 2021), algo siempre presente en toda sociedad democrática, pero que no es asimilable en su diseño y mecanismo de difusión a las campañas de desinformación (Rubio, 2018) que, a través de procedimientos automatizados y análisis de datos, pueden logar desvirtuar ciertas realidades en los foros digitales. Cabe subrayar, por otro lado, que las políticas que, en cooperación con las empresas digitales, actúen frente a estos arquetipos tecnológicos del engaño masivo, no plantean problemas desde la perspectiva de las libertades comunicativas. Concluir lo contrario sería tan absurdo como atribuir al propio *software* o a los *bots* la titularidad de estos derechos.

Distinta es, en mi opinión, la cuestión que plantea el hecho de que, desde las instituciones públicas, se inste a estas corporaciones a censurar expresiones que, estando protegidas, son, sin embargo, exponente de un discurso que entra en conflicto con el sustrato de valores básicos propio de una sociedad democrática. El manido discurso del odio[37], entendido en un sentido, digamos, puro, es decir, ajeno a la provocación directa e inminente de un daño, sería el ejemplo paradigmático. La pregunta que aquí se cierne es si una democracia que considere que ha de asumir los riesgos del libre mercado de las ideas y no considere ilícito dicho discurso puede, sin embargo, obligar a las redes sociales a censurar el mismo tomando en consideración las características del medio digital y, en concreto, su potencial viral, de tal forma que los usuarios de estas plataformas puedan ver censurado en ellas un discurso que en otro ámbito pueden libremente transmitir. Dicho de otra forma, la cuestión aquí es si cabe regular e imponer una específica militancia democrática a las corporaciones de Internet —e, indirectamente, a sus usuarios— no predicable o extrapolable al conjunto del sistema de la libertad de expresión.

Como vimos páginas atrás, en el ámbito de la Unión Europea la disciplina de este tipo de discursos en los foros de las grandes empresas digitales se está encauzando a través de instrumentos autorregulatorios pactados por las propias corporaciones. A este respecto, las reglas de la comunidad de Twitter o Facebook establecen criterios genéricos que, de alguna forma, intensifican los límites generales que el ordenamiento jurídico impone al discurso extremo, si bien su proyección, mediada generalmente por procedimientos automatizados de inteligencia artificial, carentes, por lo tanto, de inteligencia semántica o sensible, no siempre barre con la misma intensidad y criterio las expresiones que pueden considerarse litigiosas, y también, en ocasiones, elimina contenidos que, además de estar amparados por la libertad de expresión, en muchas ocasiones difícilmente pueden considerarse contrarios a las propias reglas de moderación de la corporación.

Esta última cuestión conduce al que puede considerarse uno de los elementos basilares a la hora de regular y fiscalizar la censura que las corporaciones digitales pueden hacer en sus foros: la existencia de procedimientos ágiles y transparentes que habiliten la reclamación de los usuarios frente a las decisiones tomadas por las plataformas de censurar determinados contenidos o clausurar perfiles, ya se tomen dichas decisiones por la ilicitud de tales contenidos y perfiles, ya porque contravengan las propias normas de la comunidad. Se trataría, en definitiva, de que existiera una primera instancia efectiva, dentro de la propia corporación, que «ponderase», en cada una de estas decisiones, muchas veces tomadas a través de procedimientos automatizados, la existencia o no de un criterio razonable, ya tenga su fundamento en el ordenamiento jurídico o en las propias condiciones impuestas por la compañía para el control de contenidos. Nos encontramos de nuevo, como vemos, ante el escenario prefigurado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la ya citada sentencia *Google Spain*, donde la tutela de un derecho fundamental —en este supuesto, la libertad de expresión— va a requerir, en un primer estadio, el concurso de las plataformas digitales, sin perjuicio de que dichas decisiones puedan ser cuestionadas en sede judicial.

Como es bien sabido, en la actualidad el Parlamento Europeo está discutiendo la propuesta de Reglamento para la regulación del mercado único de servicios digitales, más conocida como la Digital Services Act[38]. Tomando en consideración la versión aprobada por el Consejo, lo cierto es que, al amparo del 114 del Tratado de la Unión Europea —del que se hace una interpretación muy extensiva a favor de las competencias de las instituciones de la Unión en este ámbito—, lo que dicha norma plantea es un marco que modifica, en mi opinión de una forma significativa, no solo el estatuto jurídico de las grandes corporaciones de Internet en la UE, sino también, indirectamente, el marco de regulación de nuestra libertad de expresión dentro de ellas, incrementando de forma cualitativa sus obligaciones de transparencia y rendición de cuentas, e imponiendo un diseño o estructura interna que va a condicionar el mecanismo procedimental a través del cual dichas corporaciones habrán de gestionar no solo las demandas que persigan la retirada de contenido ilícito, sino, por lo que a nosotros nos interesa ahora, aquellas que se interpongan frente a la censura de contenidos en la red.

La normativa intenta lograr, a este respecto, un equilibrio entre la agilidad para la notificación de contenidos ilícitos (artículo 14), la responsabilidad de las compañías frente

a los riesgos sistémicos que puedan darse en su foro[39], y la garantía de que la retirada de estos se llevará a cabo a través de un procedimiento que informe al destinatario afectado (artículo 15), dando así a este la posibilidad de hacer uso del procedimiento interno del que necesariamente los intermediarios digitales han de disponer para resolver las eventuales reclamaciones que los usuarios afectados por la censura de contenidos interpongan. Igualmente, no puede dejar de subrayarse que, aun siendo obvio que la normativa no puede impedir el recuso judicial, el diseño de esta intenta «privatizar», de alguna forma, la resolución de los conflictos que, sobre la retirada de contenidos, puedan generarse. Y ello no solo porque, como hemos visto, se exijan procedimientos ágiles de resolución interna, sino también porque la futura norma obliga a las plataformas digitales a recurrir al arbitraje cuando no exista acuerdo con sus usuarios. Una mediación que, de acuerdo con las previsiones del Reglamento, tendrán que oficiar unos nuevos organismos certificados y capacitados específicamente para la resolución extrajudicial de litigios en el ámbito digital (artículo 18).

Por último, la futura norma europea contiene una previsión a mi juicio muy relevante para la cuestión que aquí abordamos, y es que entre las obligaciones de transparencia que afectarán a las grandes corporaciones figura la de que las plataformas en línea tengan que publicar informes que detallen los resultados de la ejecución de sus políticas de moderación y, en concreto, la retirada de información o la inhabilitación del acceso a la misma que hayan llevado a cabo tanto cuando dicha medida se haya tomado por considerar el contenido ilegal como cuando se haya adoptado por contravenir sus condiciones o reglas internas (artículo 23). Por motivos obvios de tutela de la propiedad industrial, la Digital Services Act no hace referencia a ninguna obligación de hacer públicos los algoritmos utilizados para la discriminación de contenidos, si bien, sí se podrá tener conocimiento de los resultados de su aplicación, lo cual aumenta de forma significativa el grado de fiscalización pública al que estas corporaciones van a estas sometidas.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Resulta difícil, qué duda cabe, ser conclusivo en un ámbito como el de la censura privada en la red, donde todo parece encontrarse en un estado de pendencia legislativa y judicial, que se suma al de la propia pendencia tecnológica que caracteriza al universo digital. En cualquier caso, como de lo anteriormente expuesto se deduce, desde el Derecho europeo, creo que ya es posible afirmar, en primer lugar, que el velo de la pretendida neutralidad técnica de las grandes corporaciones de Internet ha sido descubierto de forma definitiva, con la consiguiente derogación de ciertos presupuestos dogmáticos que se habían consolidado en este ámbito. Eso implica, entre otras cosas, no solo avanzar en un nuevo régimen de responsabilidad más estricto para estas compañías, por la difusión y almacenamiento de contenidos que se lleven a cabo a través de ellas, sino también relativizar la propia idea de que las reglas de moderación que ellas impongan sean plenamente subsumirles dentro del concepto de «censura privada». Como es conocido, la idea de censura en el ámbito ju-

rídico se circunscribe a aquel control que, de forma previa, llevara a cabo el poder público sobre el ejercicio de las libertades de expresión, información o creación. A este respecto, la idea de «censura privada», pese a tener un significado cultural y una importancia material determinante, carece de un sentido coherente en el ámbito del Derecho, dado que, si es privada, no puede ser censura en el sentido jurídico del término[40]. En cualquier caso, con respecto a las grandes corporaciones de Internet, no creo que se trate tanto de reivindicar la legitimidad del Derecho para desplegar sus efectos en un ámbito privado cuanto de constatar el propio hecho de que dichas empresas han construido espacios cuya naturaleza ya no puede considerarse privativa, sino que poseen una inequívoca —aunque no absoluta— dimensión pública. Dicho de otra forma, los espacios de discusión que se generan en las redes de las grandes corporaciones son foros cuya naturaleza es híbrida, público-privada, pero donde, al mismo tiempo, sobre todo en determinados contextos, se ponen en juego principios básicos de nuestro sistema democrático y del propio orden público. Así, dado que las empresas digitales condicionan a través de su tecnología la esfera pública de comunicación social, su regulación es una cuestión de primera magnitud democrática que no puede permanecer, por lo tanto, al margen de la intervención política de los Estados. La experiencia ha demostrado que el axioma de la apoliticidad de la técnica es insostenible en la esfera de la comunicación digital. Renunciar a la regulación de estos foros, por lo tanto, sería algo así como comprometer la veracidad democrática de los Estados a la buena voluntad de las corporaciones digitales.

En cualquier caso, como se ha dicho, dada la naturaleza híbrida de estas corporaciones, el desafío jurídico se encuentra en delimitar, dentro de un marco de intensa regulación, cuál es el margen que estas compañías conservan para discriminar contenidos que no pueden considerarse ilícitos. Si el funcionamiento general del sistema de comunicación digital requiere un diseño institucional como el que, como hemos visto, prefigura la Digital Services Act, perfilar este ámbito concreto de la autonomía de las corporaciones requiere, en mi opinión, precedentes judiciales que actualmente son escasos. A este respecto, y, por último, parece indispensable que, en este ámbito, la función jurisdiccional se desempeñe no solo desde el conocimiento de las reglas propias de cada uno de estos foros públicos, sino también desde un importante grado de comprensión de la sociología de Internet que sepa poner en relación el diseño tecnológico y las «políticas» de las grandes compañías con las propias exigencias de la democracia.

NOTAS

1. Me he ocupado de esto, con carácter general, en Vázquez (2021: 25-90). Igualmente, entre nosotros es una referencia necesaria el estudio de Urías (2020).

2. Probablemente, el concepto de «net neutrality» en el ámbito del Derecho fue formulado por primera vez en el bien conocido estudio de Wu (2003).

3. Sobre el origen de la doctrina y en un sentido crítico con relación a su aplicación a través de la sección 230, *vid.* Keats y Wittes (2017).

4. Así, en su letra a), la mencionada sección 230 establece: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider. Y, lo que nos interesa más al objeto de este trabajo, en su letra b) determina que: No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected».

5. No fue más que un brindis al sol del presidente Trump, quien, tras ser objeto de censuras en Twitter, expidió una orden ejecutiva presidencial con el fin de limitar la inmunidad de las redes sociales por los contenidos publicados por terceros. Ahora bien, el texto que expone los motivos sobre los cuales se sustentaba dicho mandato dirigido a las autoridades federales centra muy bien el problema que aquí abordamos. En resumen, lo que este viene a argumentar es que, si estas plataformas no son estrictamente neutrales en su función de intermediación, sino que, como en este caso, editan sus contenidos, las mismas han de ser comprendidas desde un punto de vista jurídico del mismo modo que lo son los medios de comunicación clásicos y, por lo tanto, han de estar sometidas a un mismo régimen de responsabilidad. Cfr. Executive Order on Preventing Online Censorship, May 28, 2020. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-onlinecensorship/>.

6. No hay mejor forma de informarse sobre este debate, muy escorado a favor de quienes consideran amparadas por la Primera Enmienda a las empresas intermediarias digitales, que la lectura de la «NOTE» que se publicó en *Harvard Law Review* (2018).

7. Esta tesis la sostiene Wu en un trabajo que es una referencia obligada dentro del debate sobre la «censura colateral» en la red. Como escribe el autor: «When intermediaries are actually original speakers, and have the incentives of original speakers, immunity is no longer appropriate» (Wu, 2013: 349).

8. *Reno vs. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, (1997).

9. Sobre este concepto me he ocupado extensamente en Vázquez Alonso (2017 y 2020).

10. *Packingham vs. Carolina del Norte*, 582 US (2017).

11. *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. vs. Trump*, No. 1:17-cv-5205 (S.D.N.Y.), No. 18-1691 (2d Cir.), No. 20-197 (S. Ct.).

12. *Vid.* el reportaje «Angela Merkel attacks Twitter over Trump ban». Disponible en: <https://www.ft.com/content/6146b352-6b40-48ef-b10b-a34ad585b91a>.

13. Resume bien este temor Teruel (2021). Disponible en: <https://letraslibres.com/politica/senores-de-internet-hacia-un-renovado-pacto-social/>.

14. Vilacañas (2021). Disponible en: <https://ctxt.es/es/20210201/Firmas/34929/soberano-hitler-trump-capitolio-redes-sociales-twitter-jose-luis-villacanas.htm>.

15. Vale la pena releer el considerando 42 de esta Directiva, en la se asume que estos prestadores desempeñan una actividad meramente técnica, automática y pasiva, y que, al no tener conocimiento ni control de la información, el papel que desempeñan es neutro.

16. No he leído mejor resumen de este proceso que el de Haidt (2022). En la doctrina española, *vid.* Rubio (2018).

17. Aunque el estudio verse sobre Amazon, aquí es obligada la referencia al trabajo de Khan (2017), donde se insta a recuperar valores originales del Derecho antimonopolístico, no circunscritos únicamente al análisis de la evolución de los precios, sino también a otros costes sociales como el desincentivo en la innovación o la dificultad del Estado para hacer valer su regulación en sectores determinantes para el interés general.

18. Qué mejor ejemplo aquí que el que nos ofrece el testimonio Christopher Wylie, ingeniero de la empresa Cambridge Analytica, sobre el modo en que se usaron datos de Facebook para «[…] construir modelos para explotar lo que sabíamos de ellos y apuntar a sus demonios internos». *Vid.,* a este respecto, el reportaje de Cadwalladr y Graham-Harrison (2018). Disponible en: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election.>.

19. Es especialmente significativa, a este respecto, la reciente sentencia recaída en el caso *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited* (Asunto C18/18), de 3 de octubre de 2019, donde la Sala Tercera del TJUE ha considerado que no es contrario al artículo 15, apartado 1, de la Directiva de Comercio Electrónico «[…] obligar a un prestador de servicio de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacene, y cuyo contenido sea idéntico al de una información declarada ilícita con anterioridad, o a bloquear el acceso a ellos, sea quien fuere el autor de la solicitud de almacenamiento de tales datos».

20. Es obligado hacer aquí referencia al precedente *Delfi c. Estonia* (Gran Sala) 16 de junio 2015, en el que el Tribunal considera que un portal de noticias puede ser responsable por los comentarios que terceros hacen a través del espacio que este habilita, aun cuando se hayan previsto mecanismos de control. Creo que vale la pena, por su carácter inequívoco, trascribir aquí el considerando 159 de este fallo: «Por último, el Tribunal observa que la empresa demandante ha alegado (véase el párrafo 78 *supra*) que la Corte debe tener debidamente en cuenta el sistema de notificación y retirada que había introducido. Si va acompañado de procedimientos efectivos que permitan una respuesta rápida, este sistema, en la opinión del Tribunal, funciona en muchos casos como una herramienta apropiada para equilibrar los derechos e intereses de todos los involucrados. Sin embargo, en casos como el actual, donde los comentarios de terceros son en forma de discurso de odio y amenazas directas a la integridad física de las personas, tal como se entiende en la jurisprudencia del Tribunal (véase el párrafo 136 supra), el Tribunal considera, como se ha mencionado anteriormente (véase párrafo 153), que los derechos e intereses de terceros y de la sociedad en su conjunto, pueden autorizar a los Estados contratantes a imponer responsabilidad a portales de noticias en Internet, sin contravenir el artículo 10 de la Convención, si no toman medidas para eliminar comentarios claramente ilegales sin retraso, incluso sin previo aviso de la presunta víctima o de terceros». A pesar de este precedente, la posterior sentencia *Høiness c. Noruega*, de 19 marzo 2019 confirmó que el Tribunal deja un importante margen de apreciación a los Estados a la hora de hacer una lectura conciliadora de los artículos 8 y 10 del Convenio, de tal forma que estos podrán valorar tanto el contexto de los comentarios como los mecanismos de prevención que la empresa tecnológica disponga para evitar comentarios difamatorios tomando en consideración las circunstancias concretas y el propio modelo de negocio de la empresa editorial. Así, en esta ocasión, no consideró que el portal de noticias en línea Hegnar Online fuera responsable por la publicación de determinados comentarios ofensivos publicados en un foro de discusión operado por esta empresa, todo ello considerando el propio tenor de estos comentarios y el sistema de seguimiento y control dispuesto por la empresa. Para un comentario extenso de esta jurisprudencia en la doctrina civilista española, *vid.* Arrese (2014). Un trabajo más reciente que sintetiza la evolución del Tribunal de Justicia en este ámbito lo encontramos en Barrero (2022).

21. Es muy útil, a este respecto, el informe que sobre las distintas políticas nacionales en materia de control del discurso en Internet realiza en 2015, a petición del Consejo de Europa, el Swiss Institute of Comparative Law. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/study-filtering-blocking-and-take-down-of-illegal-content-on-the-internet>. Igualmente útil es el ya antiguo, aunque también válido todavía para significar los distintos matices en la trasposición de la norma europea: Primer

informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), de 21 de noviembre de 2003. Disponible en: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0702&from=EN>.

22. Por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, en especial, su artículo 17.3.

23. Entre otros, sobre la disparidad de criterios que desde un principio pudo apreciarse en la jurisprudencia de los tribunales españoles a la hora de considerar o no la existencia de un «conocimiento efectivo» de la ilicitud de la información por parte de los intermediarios digitales, puede verse el trabajo de Peguera (2007).

24. Debe señalarse que el Consejo Constitucional francés ha considerado contrarias a la Constitución distintas disposiciones de esta Ley, en concreto la relativa a la obligación de retirar contenido considerado como apología del terrorismo o pornografía infantil, cuando así lo determine un órgano administrativo, y en un plazo de una hora; y también la de retirar, en este caso en un plazo de 24 horas, y previa denuncia, aquel contenido que pueda considerarse denigratorio o subsumible dentro del concepto de discurso del odio. Para el Consejo Constitucional, se trataría de restricciones desproporcionadas que afectarían a la libertad de comunicación, dado que en el primer supuesto no se prevé la intervención judicial para determinar la ilicitud del contenido y en el segundo se atribuye a la red social el ejercicio de una competencia, la de enjuiciar la fundamentación de las reclamaciones, propia de jueces y magistrados. Décision nº 2020-801 DC du 18 juin 2020, Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet. Por estas razones, el Consejo Constitucional declara que el legislador ha interpuesto un atentado contra la libertad de expresión y comunicación que no es adecuado, necesario y proporcionado al fin perseguido.

25. Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken. Disponible en: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245.>.

26. Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet, de mayo de 2016, suscrito por Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube. Disponible en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_805>.

27. Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475UE/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, en concreto, su artículo 21 (Medidas contra los contenidos en línea que constituyan provocación pública). Es muy recomendable, a este respecto la lectura del trabajo de Teruel Lozano (2020).

28. Hacemos referencia al Código de buenas prácticas de la Unión en materia de desinformación, suscrito por Facebook, Google y Twitter y Mozilla en abril de 2018 y luego asumido también por Microsoft (2019) y Tik Tok (2020). Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>. Como es sabido, el antecedente de este documento es la Comunicación de la Comisión Europea titulada «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo», de abril de 2018. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2018)236&lang=es>. Sobre esta materia, en nuestra doctrina, pueden verse los trabajos de Pauner (2018) y Galdámez, (2021).

29. *Google Spain, S.L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014.

30. Sesión JEC: 25/02/2021 Núm. Acuerdo: 146/2021, Núm. Expediente: 293/1215. Una decisión que contrasta con la que dos años antes este mismo órgano tomó en relación con el recurso interpuesto por el partido político Unidas Podemos contra WhatsApp y Facebook por la restricción que esta empresa llevó a cabo de su servicio durante la campaña electoral. Una restricción de la que no se vieron afectadas otras formaciones políticas. La JEC decidió archivar la demanda porque «[…] ni de la documentación aportada por la formación denunciante ni de las alegaciones hechas por los responsables de las redes sociales denunciadas, de las que se dará traslado a la interesada, se desprende que se haya producido una discriminación por razones ideológicas de esta formación política. Por el contrario, lo que se aprecia son problemas que dicha entidad ha podido tener respecto al funcionamiento de sus cuentas en estas redes sociales, en términos que resultan ajenos a la competencia de la Junta Electoral Central». Sesión JEC: 09/05/2019, Núm. Acuerdo: 300/2019. Núm. Expediente: 293/1006

31. En esta línea, léase, dentro de la doctrina italiana, a Caruso (2020).

32. A este respecto, como no podía ser de otra manera, se da una especial relevancia al Código de conducta para la lucha contra la incitación al odio en Internet, suscrito en mayo de 2006 ante la Comisión Europea por las principales empresas tecnológicas. Se trataba, por lo tanto, no ya de una legítima aplicación de las cláusulas contractuales preestablecidas con relación a qué tipo de discursos no son tolerados por la red social, sino directamente de una decisión informada por las exigencias tanto del Derecho interno italiano como del Derecho internacional. Las sentencias referenciadas son las siguientes: Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Sezione specializzata in materia di Impresa, RG 59264/2019. Disponible en: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wpcontent/uploads/2020/01/sentenzacpifb.pdf>., y Tribunale Ordinario di Roma Sezione Diritti Della Persona E Immigrazione Civile, N. R.G. 64894/2019, 2019. Disponible en: <http://www.questionegiustizia.it/doc/Ordinanza-RG-648942019-Forza-Nuova-art700.pdf57>. *Vid.*, por ejemplo, en la doctrina italiana, Caruso (2020). Para este autor, los presupuestos pluralistas de un ordenamiento como el italiano deben imponerse «[…] no solo al poder público sino también a las tecnoestructuras privadas que poseen, en virtud de su posición fáctica, las claves para acceder al discurso público». Las redes sociales, desde esta perspectiva, serían foros públicos donde cualquier restricción que se imponga al acceso de ciertos discursos ha de ser escrutada a la luz de los límites generales que el ordenamiento impone a la libertad de expresión.

33. A este dificultad a la hora de encontrar un mínimo común denominador en el umbral jurídico de la difamación, entre los distintos estados, hace alusión el Abogado General Szpunar en el considerando 80 de *Glawischnig-Piesczek c. Facebook* (Asunto C-18/18), quien, respecto a la eficacia transnacional de las ordenes de retirada de contenidos ilícitos, insiste en que «[…] la constatación del carácter ilícito de los datos controvertidos se extendería a los territorios de esos otros Estados […] si bien no puede excluirse que, con arreglo a las leyes designadas aplicables, en virtud de las normas de conflicto nacionales de tales Estados, dichos datos puedan considerarse lícitos».

34. Más allá, como decíamos, de que el concepto se acuñe antes de que irrumpan las redes sociales, la realidad es que desde su origen este cumplió una cierta función de cajón de sastre, integrando a buscadores, proveedores de servicios de *hosting*, proveedores de acceso a Internet, operadores de redes, operadores de salas de chat, etc.

35. En la doctrina norteamericana, donde «el mito de la intermediación» está más asentado, podemos encontrar trabajos plagados de argumentos que instan a modificar la comprensión de la naturaleza jurídica de las grandes corporaciones de Internet y, con ello, su actual régimen de (no) responsabilidad. Entre otros, son ilustrativos los de Balkin (2018) y Sylvain (2017).

36. Esta cuestión la aborda de forma muy pormenorizada el profesor Ignacio Villaverde en su monografía, que constituye, en mi opinión, la referencia bibliografía más importante que tenemos en nuestra doctrina, en la medida en que su libro es pionero a la hora de desmontar ciertas premisas dogmáticas de

la regulación de Internet que, en la práctica, han demostrado ser tan beneficiosas para las empresas del sector como disfuncionales para la garantía de las libertades constitucionales (Villaverde, 2020: 59-76).

37. La discusión académica en torno a este concepto y sus implicaciones es ingente. Una excelente síntesis de este debate, más allá de construir una tesis crítica frente a la expansión de este concepto, puede verse en Alcácer Guirao (2020).

38. Proposal for a regulation of the European parliament and of the council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC COM/2020/825 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>.

39. A este respecto, desempeñan una importancia capital los denominados *trusted flaggers*, alertadores fiables acreditados por las autoridades nacionales cuyos avisos sobre la presencia de contenido ilícito o de riesgos sistémicos ha de ser objeto de atención prioritaria por parte de las corporaciones (artículo 19), debiendo estas adoptar medidas contras los usos indebidos que se estén llevando a cabo (artículo 20).

40. Es obligada aquí la referencia al esclarecedor estudio que sobre la censura digital realiza en nuestra doctrina García Morales (2013).

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2020): *La libertad del odio, Discurso intolerante y protección penal de minorías,* Madrid: Marcial Pons.

ARRESE IRIONDO, María Nieves (2014): «La responsabilidad de los diarios digitales por los comentarios de sus usuarios», *Revista Vasca Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 387-414.

BALKIN, Jack M. (2018): «Free Speech is a Triangle», *Columbia Law Review*, forthcoming, *Yale Law School*, Public Law Research Paper n.º 640, [en línea] <https://ssrn.com/abstract=3186205>.

BALKIN, Jack M. (2018): «Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation», *University of California Davis Law Review*, 51, 1149-1210.

BARRERO, Abraham (2001): «Responsabilidad de los intermediarios de internet en el Derecho de la UE», *Revista española de Derecho constitucional*, Año 41, 123, 107-132.

BLÜHDORN, Ingolfur (2000): *La democracia simulativa. Nueva política tras el giro posdemocrático*, Bogotá: Temis.

BOIX PALOP, Andrés (2016): «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de estudios políticos*, 173 (Ejemplar dedicado a: Democracia y Derecho en la era de Internet: balance y perspectivas), 55-112.

CADWALLADR, Carole y Emma GRAHAM-HARRISON (2018): «50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach», *The Guardian*, 17 de marzo [en línea] <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election.>.

CARUSO, Corrado (2020): «I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network», en *Liber Amicorum per Paquale Costanzo* [en línea] <http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/caruso_scrittiCostanzo.pdf.>.

COTINO, Lorenzo (2017): «Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión», *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 17.

DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (2016): «Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo», *Revista de estudios políticos*, 173, 141-168.

ESTEVE PARDO José (2013): *La nueva relación entre Estado y sociedad*

Aproximación al trasfondo de la crisis, Madrid: Marcial Pons.
GALDÁMEZ, A. (2021): «Derecho a la verdad y cánones de veracidad», *Estudios De Deusto* 69(2), 77-110.
GARCÍA, Eloy (2021): «Estudio de Contextualización», en *¿Hay derecho a mentir? (La polémica Inmanuel Kant - Benjamin Constant, sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad),* Madrid: Tecnos.
GARCÍA MORALES, María Jesús J. (2013): «La prohibición de la censura en la era digital», *Teoría y realidad constitucional*, 31, 237-276.
GENY, Bernard (1930): *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, París: Sirey.
GUICHOT, Emilio (2019): «El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español», *Revista de Administración Pública*, 209, 45-92.
HAIDT, Jonathan (2022): «Why the past 10 years of American life have been uniquely stupid. It's not just a pase», *The Atlantic*, 11 de abril [en línea] <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2022/05/social-media-democracy-trust-babel/629369/>.
KEATS CITRON, Danielle y Benjamin WITTES (2017): «The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans § 230 Immunity», *Fordham Law Review*, 86(2), 401-419.
KHAN, Lina M. (2017): «Amazon's Antitrust Paradox», *The Yale Law Journal*, 126(3), 710-805.
KRAMER, Adam D.I., Jamie E GUILLORY y Jeffrey HANCOCK (2014): «Experimental Evidence of Massive-Scale Emotional Contagion through Social Networks», *PNAS*, 111, 8788-8790.
LASSALLE, José María (2019): *Ciberleviatan, El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona: Arpa.
Harvard Law Review, 131 (NOTE) (2018): «Section 230 as First Amendment Rule».
PAUNER, Cristina (2018): «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red», *Teoría y realidad constitucional*, 41, 297-318.
PEGUERA, Miquel (2007): «"Solo sé que no sé nada (efectivamente)": la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI». En: «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas» [monográfico en línea]. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 5. UOC.
RUBIO, Rafael (2018): «Los efectos de la posverdad en la democracia», *Revista De Derecho Político*, 103, 191-228.
RODRÍGUEZ IZQUIERDO, M. (2019): «Las empresas tecnológicas en internet como agentes de seguridad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 39, 117, 77-100.
SUNSTEIN, Cass S. (2018): *#Republic: Divided Democracy in the Age of social media*, Princeton: Princeton University Press.
SYLVAIN, Olivier (2017): «Intermediary Design Duties», 50 *Connecticut Law Review*, Fordham Law Legal Studies Research Paper n.º 2997141 [en línea] <https://ssrn.com/abstract=2997141>.
TERUEL LOZANO, Germán (2014): «Libertad de expresión y censura en Internet», *Estudios de Deusto*, 62(2), 41-72.
– (2020): «Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en Internet», *Revista de derecho constitucional europeo*, 34.
– (2021): «Señores de Internet: ¿hacia un renovado pacto social?», *Letras Libres*, 27 de enero.
URÍAS, Joaquín (2014): *Principios de derecho de la información*, Madrid: Tecnos.
VÁZQUEZ ALONSO, Víctor *et al.* (2018): *Derecho de la Comunicación*, Madrid: Iustel.
VÁZQUEZ ALONSO, Víctor (2017): «La neutralidad del Estado y el problema del "government speech"», *Revista de Estudios Políticos*, 177, 13-55.
– (2020): «Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es. Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EE. UU.», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público,* 68(1), (Ejemplar dedicado a: Five Centuries Sailing The Legal World (II), 475-508.

VILACAÑAS, José Luis (2021): «¿Quién es el soberano?», *CTXT*, 7 de febrero.
WU, Tim (2003): «Network Neutrality, Broadband Discrimination», *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2, 141-180.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.

LA EXPOSICIÓN A LA DIVERSIDAD DE CONTENIDOS EN LAS REDES SOCIALES: ENTRE LA REGULACIÓN O LA DESAGREGACIÓN EN LA CURACIÓN DE CONTENIDOS*

DIVERSITY OF EXPOSURE IN SOCIAL MEDIA MARKETS: REGULATING OR UNBUNDLING CONTENT CURATION

Maria Luisa Stasi

Head of Law and Policy for digital markets at ARTICLE 19

RESUMEN

El acceso y la exposición a una pluralidad de opiniones es un pilar fundamental de cualquier democracia. En los mercados de redes sociales, la exposición a la diversidad está limitada por varios factores. Uno de ellos es la forma en la que las plataformas seleccionan el contenido que cada usuario ve. Los sistemas algorítmicos para la curación de contenidos utilizados por estas plataformas pueden reducir artificialmente la exposición a una la diversidad de contenidos en beneficio de otros parámetros, como por ejemplo la obtención de beneficios económicos. Este artículo describe este desafío, sugiere dos posibles soluciones regulatorias para abordarlo, y propone un marco analítico que permita evaluarlas y compararlas. La primera es la regulación de la curación de contenidos orientada a garantizar la diversidad. La segunda implica desagregar, por un lado, la actividad de alojamiento de contenidos, y, por otro, su curación, obligando a las grandes plataformas a permitir que terceros ofrezcan la posibilidad de curar contenidos a su comunidad de usuarios. Las dos posibilidades provienen de caminos normativos diversos y requieren diferentes mecanismos de aplicación. La conclusión preliminar es que la segunda opción ofrece una mejor respuesta al problema planteado.

PALABRAS CLAVE

Curación de contenidos, difusión de la diversidad, redes sociales, desagregación, regulación y competencia.

ABSTRACT

Access and exposure to a diversity of voices is a fundamental pillar of democracy. On social media markets, exposure diversity is limited by various factors, one being how platforms curate the content each user sees. The algorithmic systems for content curation used by those platforms artificially can reduce exposure diversity to the benefit of profit-making parameters. This paper describes the challenge, suggests two possible regulatory solutions to address it, and proposes an analytical framework to assess and compare them. 7he first is to regulate content curation in a way that guarantees diversity. The second is to unbundle hosting from content curation activities, and to oblige large platforms to allow third parties to offer content curation to users. The two remedies come from different normative paths and require different enforcement mechanisms, among others. The preliminary conclusion is that the unbundling might be a better option

KEY WORDS

Content curation, exposure diversity, social media, unbundling, regulation and competition.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.041

---

* Artículo publicado originariamente en inglés: Stasi, Maria Luisa (2021): «Diversity of exposure in social media markets: regulating or unbundling content curation», *Media Laws – Rivista di Diritto dei Media*, 2. 113-140. Traducción de Andrés Gascón Cuenca, Instituto de Derechos Humanos, Universitat de València. Estoy sumamente agradecida a los profesores Giorgio Monti y Alexandre de Streel por sus sugerencias y comentarios. Los errores e inexactitudes son míos.

LA EXPOSICIÓN A LA DIVERSIDAD DE CONTENIDOS EN LAS REDES SOCIALES: ENTRE LA REGULACIÓN O LA DESAGREGACIÓN EN LA CURACIÓN DE CONTENIDOS

Maria Luisa Stasi
Head of Law and Policy for digital markets at ARTICLE 19

Sumario: 1. Introducción. Parte I. 2. La diversidad en los medios de comunicación. 3. La exposición a la diversidad. Parte II. 4. La exposición a la diversidad en redes sociales: los errores del mercado. Parte III. 5. Dos propuestas. 6. Un marco analítico para su evaluación. Parte IV. 7. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Tanto el acceso como la exposición a una pluralidad de voces u opiniones forman parte de los pilares fundamentales de cualquier democracia y, además, son una premisa necesaria para generar un discurso público abierto e informado que permita a la ciudadanía formar sus opiniones y participar en el espacio público. El panorama de la diversidad de los medios ha cambiado sustancialmente en las últimas dos décadas. La digitalización y el auge de las redes sociales han propiciado la creación de múltiples canales novedosos para producir, compartir y acceder a información y a contenidos. Sin embargo, el incremento cuantitativo de los contenidos disponibles en línea podría no traducirse automáticamente en un

aumento en la diversidad de los contenidos a los que cada individuo está expuesto. En este trabajo me centraré en los mercados de las redes sociales y en el modo en que las personas que las utilizan están expuestas a la diversidad de sus contenidos.

Las redes sociales han revolucionado la forma en que las personas se comunican, acceden y comparten información. En poco más de una década, han llegado a miles de millones de personas en todo el mundo y, si bien han generado avances estimulantes, también han planteado serias preocupaciones relacionadas con la protección de los derechos humanos. El impacto que han tenido en la sociedad es multifacético y ha abierto la puerta a muchas preguntas relevantes para la investigación en el ámbito de los estudios sociales, políticos y económicos. Ya se ha dicho mucho tanto a favor como en contra del impacto de estas plataformas en la economía y la sociedad. Recientemente, las principales corporaciones que poseen redes sociales han estado bajo escrutinio por diversas razones y han tenido que afrontar procedimientos ante las autoridades de la competencia y de protección de datos, así como ante tribunales nacionales y regionales; y han sido objeto de diversas acciones legislativas, reglamentarias y políticas. A pesar de esta respuesta exagerada, los diversos desafíos que plantean las redes sociales para los competidores, los usuarios y la sociedad requieren aún de una supervisión continuada que nos lleve a una resolución adecuada. Entre otras preguntas, la forma en que Facebook, Twitter, YouTube y otras plataformas similares seleccionan el contenido sigue siendo el centro de un enconado debate. La «curación de contenidos», *per se*, es un concepto bastante vago[1] al que se acusa de jugar un papel importante en fenómenos como la difusión de desinformación, la creación de cámaras de resonancia, la propagación de discursos de odio en línea o la manipulación de procesos electorales, entre otros.

Menos prominente en la discusión sobre cómo se moderan los contenidos parece ser el tema de la reducción de la exposición a la diversidad de los usuarios individuales. Es decir, la reducción de la diversidad del contenido al que estos están expuestos, que es una pequeña porción de la diversidad que existe en la red. Si bien hay muchas razones por las que las personas pueden ver limitado su acceso a un contenido en línea diverso, su reducción artificial basada en modelos de negocios dirigidos por las ganancias y los sistemas automatizados administrados por actores privados debe explorarse más a fondo, sobre todo para permitir un abordaje adecuado desde el punto de vista de la política pública establecida por los organismos reguladores. Así, esta reducción artificial de la diversidad en las redes sociales es la cuestión principal que analizará este texto, que se organiza de la siguiente forma: en la Parte I se introduce brevemente el concepto de diversidad en los medios de comunicación, con una referencia específica a la exposición a la diversidad de los usuarios; en la Parte II se analiza la subexposición a la diversidad en las redes sociales, proporcionando algunos argumentos sobre el papel que desempeña la curación de contenidos en este fallo del mercado; en la Parte III se sugieren dos soluciones regulatorias y se las compara mediante una lista de criterios de evaluación; finalmente, la Parte IV resume y ofrece algunas breves conclusiones que pueden ser útiles para el regulador y la academia.

2. LA DIVERSIDAD EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La diversidad en los medios de comunicación hace referencia a la mayor variedad posible en la comunicación de información, ideas y puntos de vista. De forma conjunta con su pluralidad, que a su vez hace referencia a los medios participantes, su tipología y su propiedad, la diversidad en los medios es un componente de su pluralismo, un elemento esencial para el debate abierto y libre en la sociedad y, por lo tanto, un pilar de la democracia.

La diversidad en los medios es un valor normativo, y la forma en que se enmarca y se operativiza depende del instrumento legislativo específico de referencia[2]. No es un fin en sí mismo, sino más bien un medio para lograr un objetivo: es fundamental para la consecución de una serie de finalidades democráticas como «[…] promover un debate crítico y una participación democrática más amplia entre las personas pertenecientes a todas las comunidades y generaciones»[3]. Como recordó recientemente el Consejo de Europa, los Estados tienen la obligación de proteger la diversidad en los medios de comunicación estableciendo un marco legislativo y político adecuado para promover «[…] la disponibilidad, la localización y la accesibilidad de la diversidad de contenidos más amplia posible en los medios, así como la representación en estos de toda la diversidad de la sociedad»[4].

Sin embargo, a pesar de su valor central en las leyes y en las políticas sobre los medios de comunicación, la diversidad en los medios está mal definida, e incluso existe un desacuerdo conceptual sobre su significado[5]. Algunas investigaciones previas han demostrado que, a menudo, los términos pluralismo y diversidad en los medios se usan indistintamente[6]. Sin embargo, algunos autores insisten en que estos dos términos hacen referencia a realidades diferentes y utilizan el término diversidad para hacer mención al contenido, y el vocablo pluralismo para aludir a las fuentes[7].

Existe cierta inseguridad sobre la posibilidad de cuantificar la diversidad de los medios de comunicación[8]. Posiblemente, las indicaciones y las medidas más completas sobre la diversidad de los medios en la UE las proporciona el Media Pluralism Monitor Project, que deja claro que la diversidad es un resultado complejo que no puede medirse a través de un número de indicadores limitado[9]. Además, se observa que los referentes que deben tenerse en cuenta para alcanzar un nivel satisfactorio de diversidad en los medios pueden variar según el objetivo específico que se desee alcanzar[10].

3. LA EXPOSICIÓN A LA DIVERSIDAD DE CONTENIDOS

Mientras unos han discutido sobre la diversidad en los medios de comunicación, otros se han centrado en la oferta del mercado, es decir, en sus fuentes. Sin embargo, en los últimos años esta conceptualización parece haber evolucionado y desde la academia se ha agregado la dimensión de la exposición a la diversidad de contenidos, argumentado que la diversidad en la oferta no la garantiza. Por ejemplo, con respecto a la radiodifusión tradi-

cional, diversos autores han señalado el desajuste que existe entre la diversidad tal y como se envía y la diversidad tal y como se recibe[11].

La exposición a la diversidad de contenidos se define como el indicador de la diversidad recibida y efectivamente consumida por los individuos[12]. Esta definición no considera la oferta general disponible en el mercado, sino la oferta que está realmente disponible para cada individuo y, según algunos autores, incluye un elemento adicional, que es la elección entre la cantidad absoluta de contenidos disponibles[13].

En la medida en que la cantidad de contenidos ofrecidos supera con creces la que cada individuo puede consumir[14], la exposición a la diversidad se convierte en un elemento cada vez más importante para la consecución de los objetivos públicos tradicionalmente vinculados a la diversidad en los contenidos. Sin embargo, la medición de la exposición a la diversidad de los usuarios puede ser una tarea difícil. Los organismos reguladores han tenido serias dificultades para explicar en sus informes cómo medir la diferencia entre la diversidad del contenido que está disponible y la exposición concreta del usuario a esa diversidad. En consecuencia, la exposición a la diversidad sigue estando sustancialmente infravalorada. Un elemento que ciertamente no ayuda es la escasa disponibilidad de datos, que se deriva de la importante asimetría existente en el acceso a la información entre los distribuidores, los creadores de contenidos y los consumidores en los mercados relevantes.

Es posible identificar una serie de factores endógenos y exógenos que podrían tener impacto en la exposición a la diversidad de los usuarios. Los endógenos se refieren a la elección que hacen los individuos sobre qué contenidos quieren consumir y, en general, sobre cómo interactúan con los que están disponibles[15]. Los exógenos incluyen varios elementos que reducen, seleccionan o modifican la disponibilidad del contenido para cada individuo como la existencia de intermediarios (entre ellos, las plataformas de redes sociales), su número y la variedad de los modelos de negocios que estos utilizan.

PARTE II

4. LA EXPOSICIÓN A LA DIVERSIDAD EN LAS REDES SOCIALES: LOS ERRORES DEL MERCADO

Se ha argumentado que la exposición a la diversidad es de suma importancia en los mercados de redes sociales porque estas son un canal importante para el acceso y la distribución de noticias e información. Algunos estudios han puesto en evidencia que ha aumentado la cantidad de personas que acceden a noticias a través de Facebook, Twitter y otras plataformas relevantes de redes sociales. A modo de ejemplo, Ofcom concluyó que, en 2019, alrededor del 50 % de los adultos en el Reino Unido accedieron a noticias a través de las redes sociales, y que el porcentaje es más alto entre las personas de 16 a 24 años[16]. La Comisión Australiana de Competencia y Consumidores (Australian Competition and Consumer Commission, ACCC), informó que en el 2019 la cantidad de usuarios que accedieron a sitios electrónicos de noticias a través de referencias de Google y Facebook

fue mayor que la cantidad de usuarios que accedieron a esos sitios web directamente[17]. Aunque algunos informes recientes indican que el uso de redes sociales para el consumo de noticias ha comenzado a caer en una serie de mercados específicos después de años de aumento constante, descenso motivado principalmente a la amplia desconfianza por parte de los usuarios en estos medios, es posible concluir que las redes sociales siguen siendo un canal importante, cuando no el mayoritario, para el consumo de noticias, especialmente entre los más jóvenes[18].

El papel fundamental que juegan estas plataformas como vehículo para la transmisión de noticias e información apareció con toda su fuerza durante la pandemia de Covid-19. Varios gobiernos de diferentes áreas del mundo recurrieron a ellas como canal principal para sus campañas de información sobre la propagación del virus, las medidas a tomar para contrarrestarlo y la publicación de instrucciones para preservar la seguridad de la población. El informe del Instituto Reuters del 2020 sobre el consumo de noticias explica que, en promedio, un 35 % de la población usó Facebook para buscar, compartir y discutir información sobre el virus, y un 30 % usó YouTube. Por su parte, Facebook, Twitter y YouTube se han enfrentado al complejo desafío de abordar la desinformación que se difunde en sus plataformas[19]. El informe pone de relieve que la cantidad de desinformación e información engañosa que circula en estas plataformas experimentó un aumento constante y llegó a un número de usuarios extremadamente amplio, poniendo en ocasiones en riesgo su vida y la de las personas cercanas[20]. La pandemia ha arrojado luz sobre una dinámica importante: debido al papel actual que tienen un puñado de plataformas de redes sociales en el acceso y la circulación de información, el algoritmo de curación de contenidos que utilizan puede tener un enorme impacto a nivel individual en la exposición a la diversidad de cada usuario y, a nivel colectivo, en el flujo de información en el conjunto de la sociedad.

De manera similar, los organismos reguladores y la academia han señalado que las redes sociales son la puerta de entrada a los medios de comunicación en Internet para un gran número de ciudadanos, y que tienen una influencia cada vez mayor en la forma en la que los usuarios eligen las noticias en línea[21].

Una mirada más cercana a las plataformas de redes sociales muestra que la brecha entre la diversidad del contenido disponible en el mercado y la diversidad de contenido a la que está expuesto cada usuario individual podría ser mayor que en otros mercados de medios de comunicación. Varias razones explican este hecho, algunas de las cuales parecen verificarse sistémicamente y, por lo tanto, pueden calificarse como fallos del mercado. Las redes sociales utilizan algoritmos de curación de contenidos[22] para filtrar y clasificar la cantidad de contenido disponible y hacer una selección personalizada para los usuarios. Lo hacen en función de la información que recopilan sobre estos mediante el seguimiento de sus actividades y comportamientos en línea, y reuniendo la mayor cantidad posible de datos sobre ellos[23].

Se argumenta que los algoritmos de curación de contenidos no son neutrales respecto de la diversidad. Las plataformas valorizan monetariamente la atención de los usuarios y no tienen incentivos económicos para exponerlos a todo el contenido potencialmente disponible, sino solo a la pequeña porción de estos que los mantendrán más atentos[24]. Por lo

tanto, las plataformas diseñan sus actividades de curación de contenidos con base en esta información[25]. En otras palabras, la personalización del contenido no se realiza teniendo en cuenta criterios como la diversidad de contenidos o de fuentes, sino que tiene como objetivo final maximizar la captación de los usuarios y, por lo tanto, la optimización de las ganancias. Por consiguiente, puede esperarse que la curación algorítmica, que tiene como objetivo optimizar la atención del usuario, reduzca la exposición de este a una diversidad de contenidos[26].

A modo de ejemplo, durante la reciente consulta de la ACCC sobre las plataformas digitales, Facebook indicó que sus algoritmos para la provisión de noticias (*News Feed*) están enfocados en promover «interacciones sociales significativas» entre los usuarios, y explicó que la consecuencia es que los usuarios verán menos contenido público —como las publicaciones de los medios de comunicación— y más publicaciones de sus amigos. En cuanto a Twitter, la empresa afirmó que un usuario verá los *tweets* de los usuarios a los que sigue y los «*tweets* recomendados», es decir, los que Twitter cree que le interesarán en función de su actividad en la plataforma[27]. En ambos casos, los sistemas automatizados de curación de contenidos de las plataformas pueden reducir la exposición a la diversidad de los usuarios, ya que priorizan solo ciertas categorías de contenidos, degradando o excluyendo otros en función de criterios que no solo son discordantes con la diversidad, sino que pueden entrar en abierto conflicto con ella.

En el plano teórico, diversos autores han reconocido que los sistemas de recomendación algorítmica de las plataformas pueden impactar en la exposición a la diversidad[28]. También han señalado que estos sistemas la abordan de manera diferente a la que está establecida en las políticas de los medios de comunicación: no se trata de promover un valor normativo destinado a ilustrar a la sociedad, sino más bien de proporcionar una variedad estimulante de contenidos para que el usuario permanezca y consuma más en la plataforma[29]. Por lo tanto, la diversidad a la que está expuesto un usuario no se corresponde con todo el conjunto de contenido disponible, sino con las recomendaciones que han sido seleccionadas para él.

Si bien sus promotores afirman que estos sistemas se adaptan a los intereses y las preferencias de los usuarios, las inferencias basadas en datos, que son la parte principal del modelo comercial pueden tener como contrapartida el silenciamiento por igual de voces individuales y colectivas. De hecho, debido a que los sistemas de recomendación parecen estar, en principio, configurados para ofrecer información que se alinea principalmente con los intereses y las preferencias actuales de las personas, esto puede provocar la homogeneización y la reducción de las posibilidades de los usuarios para encontrar contenidos, opiniones y puntos de vista diferentes. Se ha argumentado que esto podría conducir a los usuarios a «burbujas filtro» o «cámaras de eco»[30], que son esferas segregadas y homogéneas de información y debate que, a largo plazo, erosionan la idea de esfera pública y su función de proporcionar a la sociedad diversas perspectivas y opiniones sobre asuntos de relevancia colectiva, aspecto que se considera crucial para el funcionamiento de la democracia[31]. Sin embargo, debido a la escasa disponibilidad de datos, las investigaciones empíricas sobre

los efectos probables de la curación de contenidos en la exposición a la diversidad de los usuarios siguen siendo limitadas[32].

Otra forma en la que la curación de contenidos realizada por las redes sociales afecta a la exposición a la diversidad de los usuarios puede observarse en el análisis de la relación entre estas plataformas y los medios de comunicación. Una proporción significativa del tráfico de referencia de estos últimos proviene de las redes sociales, por lo que los medios de comunicación consideran estas plataformas como socios comerciales ineludibles para llegar a ciertas audiencias[33]. Una vez más, vemos cómo las plataformas adoptan la posición de controladoras del acceso, y los medios de comunicación pueden verse forzados a considerar y a adaptarse a la forma en que estas plataformas personalizan el contenido, de modo que, en caso contrario, el distribuido por los medios de comunicación no se transmitirá y, por lo tanto, los usuarios no lo verán. En consecuencia, los algoritmos de las redes sociales han cambiado sustancialmente los medios de comunicación y los incentivos de los periodistas para producir cierto tipo de contenidos. Si las empresas de medios quieren monetizar su contenido y maximizar el tráfico de referencia a sus sitios web, deben optar por la producción de contenido que satisfaga las demandas de los sistemas de curación de contenidos de las plataformas en lugar de producir contenidos que estén en línea con sus elecciones editoriales, con la diversidad o con el interés público[34]. Una vez más, la diversidad parece ceder ante otros criterios.

Lo expuesto sugiere que los algoritmos de curación de contenidos utilizados por las redes sociales crean externalidades en términos de exposición a la diversidad que estas no parecen reconocer ni internalizar. Tales externalidades constituyen un fallo del mercado que es problemático a nivel individual, porque limita la libertad de información de los usuarios, y a nivel social, porque, como se ha mencionado, la exposición a la diversidad es un valor normativo instrumental para el propio sistema democrático.

Por lo tanto, una conclusión preliminar es que los sistemas de curación de contenidos utilizados por las redes sociales pueden interferir con el contenido al que están expuestos los usuarios, reduciendo su diversidad. En este escenario, los mercados de redes sociales pueden frustrar la idea de que Internet sea una manifestación de la libertad de elección, de control y de soberanía de los propios usuarios[35]. De hecho, esto no se sostiene si las recomendaciones personalizadas y su exposición a estas tienen como objetivo sugestionar a los usuarios para que dirijan su atención a los contenidos que han sido seleccionados para ellos[36].

La exposición a la diversidad en las redes sociales también podría verse afectada por otros factores. Uno de ellos es la asimetría difusa respecto de disponibilidad de contenidos: el agregado de contenidos que extraen los algoritmos de curación de contenidos puede no ser una representación neutral de la opinión pública, sino más bien tender hacia un sesgo en favor de los intereses de las personas que contribuyen de forma más activa. Además, parece que los incentivos para compartir contenidos que muestren consenso científico o social son relativamente débiles. Finalmente, los comportamientos de los usuarios también pueden desempeñar, hasta cierto punto, un papel: los *me gusta*, las acciones compartidas, los *retuits*, los clics y las acciones similares pueden crear popularidad o desencadenar la vira-

lidad de algunos contenidos[37]. Esto puede ser el resultado de comportamientos genuinos, pero también de comportamientos no auténticos: a veces, los usuarios más avezados implementan mecanismos que alteran los sistemas de curación de contenidos automatizados establecidos por las plataformas con el objetivo de introducir distorsiones intencionales[38].

Otro factor que podría impactar en la exposición a la diversidad es la falta de transparencia sustancial en el mercado. Las personas tienen un conocimiento limitado o nulo sobre el modo en que los algoritmos seleccionan el contenido al que están expuestos y los criterios en que se basa la selección y, por lo tanto, no son lo suficientemente conscientes de la brecha que existe entre la diversidad general de contenidos disponibles en línea y la diversidad de contenido al que son finalmente expuestos de forma individual. En otras palabras, los usuarios ignoran que se han tomado decisiones por ellos, y que estas limitan su exposición a la diversidad de contenidos; es más, erróneamente podrían considerar que el suministro de noticias que les es facilitado es neutral, y que refleja la diversidad en su conjunto, cubriendo de forma extensiva los diversos puntos de vista que existen. Esta falta de conciencia tiene un impacto directo en su autonomía y en su capacidad de tomar decisiones para paliar esta exposición reducida. Algunos autores han señalado que la falta de autonomía e independencia en la toma de decisiones de los usuarios es un elemento clave de los fallos del mercado derivados de posiciones de control[39]. La Comisión Europea, en su reciente propuesta de Ley de Servicios Digitales (en adelante, LSD), parece decidida a abordar este problema principalmente a través de dos vías: en primer lugar, imponiendo obligaciones de transparencia a todas las partes involucradas; y, en segundo lugar, exigiendo a las grandes plataformas que ofrezcan a los usuarios la posibilidad de «[…] seleccionar y modificar en cualquier momento sus preferencias en cada uno de los sistemas de recomendación que determinará el orden final de la información que se les presentará»[40].

Lo descrito hasta ahora se refiere principalmente a los contenidos a los que los usuarios están expuestos pasivamente. Los usuarios siguen siendo libres, al menos en teoría, para buscar activamente contenidos más diversos y plurales, ya sea cambiando la configuración predeterminada en la plataforma o fuera de ella. En la práctica, sin embargo, rara vez lo hacen. Los estudios sobre su comportamiento han documentado que los usuarios no siempre actúan de esta forma y que, en general, son reacios a actuar fuera del *statu quo*[41]. Además, las plataformas pueden explotar el sesgo de estos usuarios a través de diseños específicos que promuevan comportamientos adictivos[42], entre ellos configuraciones predeterminadas, patrones oscuros y formas similares de alentar este tipo de comportamientos, frente a los que los usuarios casi nunca reaccionan[43]. En otras palabras, los usuarios rara vez (si llegan a hacerlo), cambian la configuración predeterminada de su perfil de Facebook o Twitter, aunque hacerlo podría liberarlos del sesgo masivo que las plataformas introducen en el contenido que ven, pudiendo acceder a información más diversa. Esto es así, principalmente, por dos razones. Por un lado, la extrema asimetría respecto de la información y falta de transparencia existente en los mercados de redes sociales que ya hemos comentado; y, por otro lado, el hecho de que cambiar la configuración predeterminada tiene un coste significativo para los usuarios, al menos en términos de tiempo, lo que les disuade de hacerlo.

Los desafíos descritos anteriormente se ven exacerbados por la alta concentración en los mercados de redes sociales[44], que están dominados por unas pocas empresas; por lo tanto, lo que distribuyen o comparten es visible para un gran público, mientras que lo que no distribuyen o no comparten puede no ser visible para la mayoría del público. Además, el acceso al mercado de las redes sociales presenta impedimentos muy altos que dificultan la entrada de otros actores, obstáculos que, además, parecen no ser fácilmente discutibles[45]. Por lo tanto, las corporaciones dominantes pueden adoptar prácticas y modelos comerciales que no estén impulsados por la demanda y bajar la calidad del servicio ofrecido a los usuarios sin sufrir ninguna presión competitiva. Los usuarios no parecen disponer de alternativas viables y las plataformas tienen varias formas de mantener los costes de intercambio artificialmente altos[46]. El resultado es que las grandes empresas que operan redes sociales pueden implementar cuellos de botella en la distribución de contenidos, alterando la exposición de los usuarios a la diversidad de estos. Además, debido a su tamaño y poder de mercado, las plataformas que manejan redes sociales podrían actuar como una suerte de socios comerciales inevitables para los medios de comunicación que, como se ha argumentado, no se ven únicamente afectados por los sistemas de curación de contenidos de las plataformas, sino que, además, tienen poco poder de negociación. Por lo tanto, el tamaño y el poder de mercado de estas empresas parecen desempeñar un papel importante en la subexposición de los usuarios a la diversidad de los contenidos que se les muestran.

A modo de conclusión, señalaré que esta sección ha tratado la subexposición a la diversidad en los mercados de las redes sociales y sus causas. La forma en la que funcionan estos mercados implica que la exposición a la diversidad de los contenidos es baja como resultado de los factores que han sido expuestos. La principal razón parece residir en los sistemas algorítmicos de curación de contenidos utilizados por las redes sociales. Otros factores que contribuyen a esta reducción son la alta concentración del mercado, el cuello de botella que pueden imponer las grandes empresas en la distribución de contenidos, la asimetría que existe en el acceso a la información entre las plataformas y los usuarios, y la ausencia de alternativas viables para estos últimos.

Los responsables políticos y los organismos reguladores han reconocido el papel clave que desempeñan los sistemas automatizados de curación de contenidos de las plataformas respecto de la exposición a la diversidad. El Consejo de Europa ha recomendado a los Estados miembros que «[…] mejoren la transparencia de los procesos de distribución de contenido multimedia en línea, incluidos los procesos automatizados; que evalúen el impacto de dichos procesos en la exposición efectiva de los usuarios a una amplia diversidad de contenido multimedia; y que traten de mejorar estos procesos de distribución para aumentar la exposición efectiva de los usuarios a la diversidad más amplia posible de contenido de los medios»[47]. De manera similar, los reguladores han solicitado la aprobación de una normativa apropiada y coherente que establezca las funciones de las plataformas a la hora de seleccionar y curar contenidos, de evaluarlos en función de criterios específicos y de clasificarlos y organizarlos para posteriormente mostrárselo a los usuarios[48]. En la reciente LSD, la Comisión Europea sugirió que las grandes plataformas en línea realicen una evaluación de riesgos de sus sistemas de curación de contenidos, y que los modifiquen de

forma que no tengan efectos negativos en el ejercicio de la libertad de expresión e información (del que forma parte la exposición a la diversidad) de los usuarios[49].

La siguiente sección de este artículo aborda la perspectiva política y judicial y analiza dos formas posibles de resolver la reducción de la exposición a la diversidad a través de la creación legislativa.

PARTE III

5. DOS PROPUESTAS

Podría decirse que hay varias formas a través de las cuales los órganos reguladores podrían intervenir para solucionar el problema en cuestión. Los remedios *ex ante* parecen ser los más adecuados debido a las características de las redes sociales. Primero, son mercados que se mueven con celeridad, en los que el desarrollo de la tecnología y de modelos comerciales se produce velozmente, y que generan unos cambios que son definitivamente más rápidos que en la aplicación tradicional de los remedios *ex post*. En segundo lugar, las dinámicas de los mercados de las redes sociales hacen que, una vez se alcanza la economía de escala y sus objetivos, se eleven una serie de barreras de entrada que dificultan revertir la situación para que vuelvan a ser competitivos y disputables. De hecho, las dificultades para hacer frente a las posiciones consolidadas de dominio (abusivo) alimentan los llamados extremismos que pretenden «disgregar» a estos grandes gigantes[50]. La regulación *ex ante* podría ser útil en el caso de mercados que ya se encuentran con estos problemas porque puede reducir estas barreras de entrada y hacer que los mercados vuelvan a ser competitivos de nuevo.

Además, los recursos *ex ante* presentan una serie de ventajas: se pueden adaptar a situaciones específicas, pueden ser de naturaleza conductual o estructural, y potencialmente forman parte de una lista abierta. Finalmente, el procedimiento para imponer reparaciones *ex ante* podría ser menos formal que un procedimiento de infracción *ex post* y, dependiendo de las circunstancias, podría implicar un cierto grado de negociación, o al menos de confrontación, entre el órgano encargado de ejecutar la medida y el sujeto que la recibe.

En el caso que nos ocupa, donde nos enfrentamos a un daño estrictamente relacionado con un fallo del mercado que, al menos, se ve reforzado por la existencia de una alta concentración sustancial y unas altas barreras de entrada a este, los reguladores podrían utilizar una regulación asimétrica para resolver estos problemas. La regulación asimétrica implicaría la imposición de obligaciones específicas a las corporaciones que poseen un grado significativo de poder dentro del mercado. Algunos autores y reguladores han presentado varias propuestas para identificarlas[51]. De hecho, numerosas propuestas de regulación que están discutiéndose actualmente en diferentes partes del mundo se enfocan en plataformas con poder de mercado, por lo que existe consenso sobre la necesidad de una regulación asimétrica.

Así, el presente artículo identifica y ofrece argumentos, principalmente, sobre dos soluciones regulatorias *ex ante*: *i)* la imposición de un cierto nivel de regulación respecto de la diversidad; y *ii)* la imposición de la desagregación entre las actividades de alojamiento y curación de contenidos con el fin de abrir el mercado a los competidores y reinstalar dinámicas competitivas. La primera medida sugiere el desarrollo de una normativa para la curación de contenidos que garantice la diversidad. Como se explicó anteriormente, la subexposición en los mercados de redes sociales no está vinculada a una disminución en la disponibilidad de contenido, sino más bien, en primer término, a la forma en la que este se distribuye: las redes sociales lo distribuyen a sus usuarios a través de actividades de curación de contenidos que tienen la capacidad de reducir la diversidad. Visto desde la perspectiva del usuario, la disminución no se refiere al contenido al que se accede activamente, sino al contenido al que diariamente está expuesto de forma pasiva. Dado que el fallo del mercado se refiere a la distribución, una posible medida es imponer algún tipo de obligación de «visita obligada» en las plataformas para exponer a los usuarios individuales a cierto grado de diversidad de contenidos.

La segunda medida consiste en separar las actividades de alojamiento y las de curación de contenidos, obligando a las grandes plataformas a permitir que terceros ofrezcan este último servicio a los usuarios de las plataformas. Por ejemplo, un usuario que crea o que tiene un perfil en Facebook debería ser consultado por la plataforma para que se pronuncie sobre si quiere que el servicio de curación de contenidos sea proporcionado por el propio Facebook o por terceros que se pueden elegir libremente. La opción de quedarse en las grandes plataformas debería presentarse una opción *opt-in*, en lugar de opción *opt-out**. Esta medida ayudaría a paliar la falta de voluntad de los usuarios de cambiar el *statu quo* y evitaría que las plataformas socaven los efectos de la desagregación propuesta, al dificultar el cambio de los usuarios y conducirlos hacia una situación en la que se vean atrapados.

Por varias razones, ambas propuestas sugieren una regulación asimétrica. En primer lugar, el fallo del mercado que se supone que deben resolver es una externalidad del modelo de negocio y de los algoritmos de curación de contenidos de las grandes plataformas. Debido a su poder, estas representan la gran mayoría del mercado; por lo tanto, para abordar este error podría ser suficiente dirigirse a estas corporaciones. En segundo lugar, es probable que las cargas regulatorias adicionales sean más pesadas para las plataformas pequeñas, a las que les podrían faltar los recursos y las herramientas necesarias —que las grandes sí tienen— para adecuarse al nuevo marco. Esto fortalecería aún más la ventaja competitiva de estas últimas, que, como se mencionó con anterioridad, es un factor que refuerza el propio fallo del mercado. En tercer lugar, la regulación asimétrica sería una intervención regulatoria menos invasiva que una regulación sectorial. Es probable que estos beneficios de la regulación asimétrica superen sus inconvenientes, al menos respecto de las dificultades que supone su supervisión y aplicación.

La cuestión que sigue a este razonamiento es identificar qué plataformas son lo suficientemente grandes como para justificar la aprobación de una normativa. Los reguladores deben establecer unos umbrales que reflejen la capacidad de control que tienen las plataformas y su poder desproporcionado sobre los usuarios en lugar de considerar su facturación

o capacidad financiera. Entre otras acciones, los reguladores podrían considerar parámetros como el número de usuarios, el tiempo que estos emplean en la plataforma o su número de interacciones para evaluar el tamaño. Además, para estimar el poder de control de las plataformas también puede tenerse en cuenta su baja capacidad o los incentivos para el alojamiento múltiple para los usuarios, o la alta dependencia de aquellos respecto a las empresas. Y en último lugar, también puede tomarse en consideración la existencia de barreras de entrada en los servicios existentes y futuros para evaluar si es probable que la posición de control perdure[52].

Un paso más es decidir en qué tipo de plataformas deben aplicarse las soluciones. Las redes sociales pueden dividirse ampliamente en dos categorías: «generalistas» y «especializadas». La Comisión Europea, en su decisión sobre la fusión de Microsoft/LinkedIn, explicó que los servicios generales de redes sociales se utilizan para construir relaciones entre personas que comparten intereses personales y profesionales, actividade e historias o conexiones en la vida real. Un subconjunto de los servicios de redes sociales se centra en los contactos profesionales y, por lo tanto, se les suele denominar servicios de «redes sociales profesionales», debiendo ser consideradas como un mercado diferente. La Comisión consideró a LinkedIn como un ejemplo de este tipo de servicios[53]. Aunque esta distinción se ha hecho con base en la normativa de fusiones sobre la definición y el poder del mercado, podría ser posible tomarlas prestadas y usarlas en un contexto regulatorio diferente. Para nuestros propósitos, la sugerencia de establecer obligaciones respecto de la diversidad en las redes sociales generalistas como Facebook, Twitter y TikTok parece más proporcionada para conseguir el objetivo de la diversidad de los medios de comunicación, dado que son estas plataformas generalistas las que potencialmente pueden transmitir tipos más diversos de contenido e información.

En la siguiente sección se sugiere un marco analítico para comparar las ventajas de ambas propuestas en función de una serie de puntos de análisis.

6. MARCO ANALÍTICO DE EVALUACIÓN

En esta sección se evalúan la regulación en el acceso a la diversidad y el acceso desagregado a la curación de contenidos frente a una serie referentes que podrían ser útiles para medir sus fortalezas, sus debilidades y su eficacia desde un punto de vista sustantivo y ejecutivo. Los siete puntos de referencia que se sugieren a continuación se eligieron para ayudar a los reguladores a responder a dos preguntas clave: cuáles son los objetivos que quieren lograr y cómo hacerlo, lidiando con los desafíos relacionados con los objetivos.

6.1. EL ENFOQUE NORMATIVO

La diversidad regulada se enmarca en el enfoque tradicional del Estado, que sostiene que la diversidad mediática es un objetivo público que merece protección[54]. Mientras dan

forma a esta medida, los reguladores deben definir cuidadosamente la diversidad de contenidos y la diversidad de puntos de vista, estableciendo qué cantidad es suficiente para cumplir con el objetivo. En otras palabras, qué y cuántos puntos de vista deben llegar al usuario individual para que este último esté expuesto a un grado suficiente de diversidad[55].

Esta medida refleja un enfoque paternalista en la exposición a la diversidad y podría basarse en una teoría participativa de la democracia[56]. Bajo esta concepción, la libertad y la autonomía de los individuos no son valores *per se*, sino instrumentos para promover el bien común. Los ciudadanos, por tanto, no pueden permitirse el lujo de no interesarse por la política porque tienen un papel activo que desempeñar en la sociedad[57]. Imponer a los ciudadanos un cierto grado de exposición a la diversidad está sustancialmente en línea con esta concepción, ya que les ayuda a desempeñar su papel en la sociedad.

Sin embargo, algunos autores son escépticos sobre la pertinencia de regular la exposición a la diversidad e imponer a las personas el consumo de ciertos medios, incluso si son «valiosos», porque entra en conflicto con la libertad de expresión y la autonomía personal de los individuos[58]. De hecho, el Convenio Europeo de Derechos Humanos protege el derecho de las personas a «[…] mantener opiniones y recibir y difundir información e ideas sin interferencia de la autoridad pública»[59]. Por lo tanto, cualquier imposición promovida desde los poderes públicos sobre cuánta diversidad de contenido debería ver o consumir la ciudadanía corre el riesgo de cruzar la línea entre los objetivos legítimos de la política de medios y la censura normativa, la estructuración del pensamiento y las elecciones sociales mediante la manipulación consciente o la inducción de sesgos en las decisiones computacionales. Además, si no está bien diseñada y aplicada, la exposición a la diversidad regulada puede plantear problemas relativos a la transparencia, la ética, la seguridad, la lealtad y, sobre todo, la neutralidad de Internet. Para que esta herramienta normativa sea legítima, la intención o propósito de las autoridades que se aventuran a adoptarla debe ser clara y transparente, y la intervención debe ser proporcionada y necesaria.

Por otro lado, el acceso desagregado a la curación de contenidos se sitúa dentro del enfoque de regulación económica. En lugar de imponer un grado mínimo de exposición a la diversidad de contenidos en el mercado, esta solución se basa en la competencia para aumentar la variedad de sistemas de curación de contenidos y, por lo tanto, la diversidad en los resultados, y deja a los usuarios libres para seleccionar lo que prefieran. La desagregación (que conlleva la descentralización) abre las puertas a más actores y podría contribuir a reducir el poder actual de las grandes corporaciones. Además, es útil para construir los contrapoderes que necesitamos a fin de evitar que algunas redes sociales se conviertan en cuasi gobiernos de la expresión en línea. Al mismo tiempo, garantiza que estas plataformas sigan siendo uno de los muchos proveedores de curación de contenidos que permiten a las personas participar en debates públicos[60]. Este enfoque normativo es, por tanto, menos invasivo y más acorde con una teoría democrática liberal, donde el desarrollo personal y la autonomía de los ciudadanos sigue siendo central y es respetada por el Estado, que únicamente interviene mediante acciones mínimas[61].

6.2. IMPACTO EN EL EMPODERAMIENTO DE LOS USUARIOS

Como ha recordado en varias ocasiones Vestager, vicepresidente ejecutivo de la Comisión Europea, el empoderamiento de los usuarios es un pilar fundamental de la visión que la UE adopta sobre este asunto, donde es la tecnología la que está al servicio de las personas y no al revés[62]. Esta afirmación está estrictamente interrelacionada con el enfoque normativo. De hecho, el potencial de cada medida que promociona el empoderamiento de los usuarios está inversamente relacionada con el nivel de paternalismo hacia estos que podrían generar otras soluciones.

La imposición de la diversidad regulada tiene un impacto limitado en términos del empoderamiento de los usuarios: no amplía las opciones de los usuarios, sino que los considera sujetos pasivos de un resultado que viene determinado previamente por la normativa. Sin embargo, dependiendo del modo en que esté diseñada la medida y de si va acompañada de más obligaciones de transparencia, puede concienciarlos sobre cómo funcionan los algoritmos de curación de contenidos y por qué ven el contenido que se les muestra en sus agregadores de noticias (*feeds*), páginas, etc. Sin embargo, continúa siendo cierto que el conocimiento sin la posibilidad de cambiar o elegir alternativas es una solución poco idónea. Los reguladores podrían obviar en parte este problema incluyendo reglas sobre los valores predeterminados a fin de que estos ofrezcan a los usuarios un cierto grado de autonomía para establecer sus propias preferencias sobre el contenido al que quieren estar expuestos. Como hemos mencionado, este es el camino que seguido por la Comisión Europea en su propuesta de LSD.

El escenario es diferente en el caso del acceso desagregado a la curación de contenidos. Una mayor disponibilidad en las opciones podría aumentar el poder de negociación de los usuarios en relación con las plataformas, permitiendo a los primeros autocontrolar, hasta cierto punto, la calidad y la diversidad del contenido que se les ofrece, y cambiando a otro proveedor de curación de contenidos si no están satisfechos con el que usan. La posibilidad de disponer de otras opciones podría asimismo permitir la fragmentación de los usuarios en grupos con diferentes preferencias. En otras palabras, en el medio y largo plazo, la desagregación podría empoderar fuertemente a los usuarios.

Para concluir, al evaluar las dos propuestas, los reguladores deben considerar que la desagregación parece tener un impacto más fuerte en el empoderamiento de los usuarios, que sigue siendo una política y una prioridad regulatoria en el marco del Mercado Único Digital de la UE.

6.3. LA SOSTENIBILIDAD Y SU EL IMPACTO EN LA COMPETENCIA Y LA INNOVACIÓN

Otro paso fundamental para decidir qué medidas adoptar es medir el impacto que estas tienen actualmente en el mercado y el que podrían tener en los próximos años. Los organismos reguladores deben fijarse el objetivo que quieren alcanzar a corto, medio y largo plazo. En particular, la sostenibilidad de la medida a largo plazo y su impacto en la dinámi-

ca competitiva y en la innovación en el mercado son los elementos más significativos que deben ser considerados en el momento de tomar la decisión.

Imponer a las plataformas que incluyan el parámetro de la diversidad en el diseño de sus sistemas de curación de contenidos (*diversity by design*) podría acarrearles restricciones comerciales, ya que no tendrían la libertad de optimizar sus algoritmos solo con fines de lucro. El impacto de este desincentivo económico debe evaluarse cuidadosamente para evitar la degradación de la calidad o la disminución de la innovación en el medio y largo plazo. Además, la regulación de la diversidad podría ser poco efectiva para superar los problemas estructurales del mercado identificados anteriormente: no reduce las barreras de entrada ni impone ninguna restricción nueva desde el punto de vista competitivo a las plataformas, circunstancias que sí podrían hacerlas más propensas a cambiar sus sistemas de curación de contenidos.

Por el contrario, la desagregación de contenidos tal y como se ha planteado aquí parece ser capaz de abordar no solo la reducción de la exposición a la diversidad en las redes sociales, sino también el fallo del mercado que la origina. La desagregación podría abrir el mercado de curación de contenidos a los competidores, haciéndolo así nuevamente competitivo. En el medio y largo plazo, la presión competitiva podría estimular a todas las empresas a innovar y a ofrecer servicios de mejor calidad, lo que redundaría en beneficio de los consumidores. Si se reinstala la competencia en el mercado, podría asegurarse la exposición a la diversidad de contenidos de una manera sostenible a corto y a largo plazo. Un mercado competitivo saludable podría brindar servicios de mejor calidad *per se*, sin necesidad de una mayor regulación.

No obstante, la desagregación también podría presentar algunas deficiencias. Como mencionamos con anterioridad, la forma en la que actualmente se configura el contenido en las redes sociales está basada en un modelo comercial supeditado a la publicidad distribuida por estas plataformas. Si los operadores alternativos utilizan el mismo modelo de negocio, el problema de la reducción de la exposición a la diversidad podría no resolverse a medio y largo plazo. Por lo tanto, la pregunta fundamental aquí es cuán económicamente sostenibles pueden ser otros modelos de negocios, si existen suficientes incentivos para estimular su adopción o si estos deberían ser proporcionados por los Estados o las entidades reguladoras.

6.4. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

Este referente evalúa si cada una de las medidas propuestas es suficiente para alcanzar el objetivo fijado o si pueden ser necesarias otras medidas complementarias para evitar, también, posibles problemas a medio y largo plazo.

Si se elige la regulación de la diversidad, una medida complementaria debería ser aumentar la transparencia entre las redes sociales y sus usuarios para disminuir la asimetría en el acceso a la información y permitir que los últimos tomen decisiones más informadas y conscientes. Esto puede hacerse mediante la imposición de obligaciones detalladas de transparencia a las plataformas. Varios organismos reguladores ya han adoptado decisiones

en este sentido; por ejemplo, la autoridad de radiodifusión alemana y, más recientemente, la Comisión Europea[63].

En el caso del acceso desagregado a la curación de contenidos, una de las posibles deficiencias que podemos encontrarnos se refiere a la sostenibilidad de los modelos de negocio alternativos para los curadores de contenidos, que depende, en gran medida, de la predisposición a pagar de los usuarios por sus servicios, que a su vez depende de cuánto valoren estos la necesidad de acceder a unos contenidos que sean un reflejo de la diversidad existente. Los Estados podrían estimular esta disposición a pagar a través de políticas de medios de comunicación que aumenten la alfabetización digital. Entre otras medidas, los Estados podrían promover acciones orientadas a aumentar la conciencia de los usuarios sobre el papel fundamental que juega la diversidad en los medios para determinar su capacidad no solo para tomar decisiones informadas, sino también para participar en la vida pública; o podrían aplicar políticas que redujeran las asimetrías de información en las redes sociales, por ejemplo, exigiendo o fomentando una mayor transparencia en torno a los modelos de negocio de las plataformas y el uso de algoritmos en la curación de contenidos[64]. Estas medidas también podrían reducir la ventaja competitiva que tienen las grandes plataformas con respecto a sus competidores más pequeños.

Otra forma de promover modelos de negocio alternativos y algoritmos que implementen métricas que tengan en cuenta la diversidad podría consistir en el apoyo de estas iniciativas a través de fondos públicos temporales. En este escenario, si bien los costes que la sociedad tendría que soportar pueden estar justificados por la importancia del objetivo público a alcanzar, a largo plazo puede no ser sostenible.

Finalmente, los modelos de negocios alternativos podrían verse indirectamente respaldados por un aumento en el empoderamiento de los usuarios; los reguladores podrían fomentar prácticas que vayan en esta dirección, y más concretamente hacia la manejabilidad de los usuarios, es decir, su capacidad para interactuar con el algoritmo y elegir su configuración preferida[65]. En otras palabras, debe darse voz a las personas, es decir, propiciar la posibilidad de que estas ejerzan cierto grado de control sobre los algoritmos que curan el contenido que ven[66]. Una forma de hacerlo consistiría en exigir a las plataformas que no utilicen una configuración predeterminada y que permitan a los usuarios tomar sus decisiones y cambiarlas fácilmente en cualquier momento. La propuesta de LSD de la Comisión Europea parece ir en esta dirección cuando establece que las plataformas en línea de gran tamaño «[…] deberán proporcionar una funcionalidad fácilmente accesible en su interfaz en línea que permita al destinatario del servicio seleccionar y modificar en cualquier momento su opción preferida para cada uno de los sistemas de recomendación que determina el orden relativo de la información que se le presenta»[67].

Además de la intervención del Estado, las deficiencias de la desagregación de contenidos podrían abordarse a través de una autorregulación en la que participen la pluralidad de partes interesadas. En otras palabras, en el caso de que ese proceso competitivo no sea capaz de asegurar la calidad suficiente en el medio y largo plazo, y para evitar una degradación de los modelos de negocio alternativos adoptados por terceros, las iniciativas de las partes interesadas (como los consejos de redes sociales, que se mencionarán a continuación) podrían

ser apoyadas para definir estándares adicionales respecto de la diversidad a ser aplicados por todos los actores en el mercado.

En conclusión, ambas soluciones regulatorias podrían necesitar medidas complementarias para implementarse. Para la regulación de la diversidad, estas se limitan a promover una mayor transparencia en el mercado. Sin embargo, dado que la desagregación podría tener un impacto más fuerte en la dinámica en la que este se desarrolla, parece requerir más medidas complementarias para hacer frente a su nueva configuración, alentando modelos de negocio alternativos y apoyando su sostenibilidad.

6.5. DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN

Este referente analiza cómo puede diseñarse e implementarse cada medida desde un punto de vista práctico y, al mismo tiempo, qué debilidades y fortalezas tienen.

La regulación de la diversidad debe implementarse mediante sistemas de recomendación algorítmica. Esta solución implica, por tanto, la imposición de una especie de diversidad que ha de ser diseñada. La exposición a la diversidad de contenidos es un valor público, y su traducción en un requisito que pueda ser diseñado no es un proceso simple. Algunos autores han identificado tres pasos esenciales para desarrollar este proceso: la conceptualización del valor; su traducción a una o más normas o métricas; y la traducción de esas normas o métricas en requisitos de diseño más específicos[68]. Los desarrolladores técnicos pueden encontrar dificultades para traducir un valor normativo en criterios concretos que deba poseer e implementar el sistema creado. Por lo tanto, para lograr efectivamente el objetivo los departamentos técnico y editorial de las redes sociales deben trabajar juntos[69].

Además, se necesita un trabajo riguroso para hacer operativa la exposición a la diversidad y evitar la intervención arbitraria del Estado. Con este objetivo, los reguladores podrían promover y confiar en soluciones que puedan ser adoptadas por las múltiples partes interesadas. Este enfoque ha sido sugerido por el Consejo de Europa, que recientemente instó a los Estados a fomentar que las redes sociales, los medios, los motores de búsqueda y recomendación y otros intermediarios que utilizan algoritmos, junto con los medios de comunicación, las autoridades reguladoras, la sociedad civil y el mundo académico, entre otros actores, participen de forma conjunta en iniciativas abiertas, independientes, transparentes y participativas destinadas a mejorar los procesos de distribución para aumentar la exposición efectiva de los usuarios a la mayor diversidad posible de contenidos de los medios, entre otras finalidades[70]. Este enfoque, en el participan la pluralidad de las partes interesadas, cuenta con el apoyo de varios agentes. Por ejemplo, algunos grupos de la sociedad civil han sugerido la creación de «consejos de redes sociales», instituciones de rendición de cuentas conformados por las partes interesadas para la moderación de contenidos en las redes sociales. Los consejos tienen como objetivo propiciar foros abiertos, transparentes, responsables y participativos para abordar los problemas de moderación de contenidos en las redes sociales sobre la base de los estándares internacionales sobre derechos humanos, y podrían ayudar a establecer buenas prácticas con respecto a la exposición a la diversidad de contenidos[71]. Además, la diversidad diseñada debe considerar no solo el algoritmo, sino

también el contexto social general donde este se implementa[72]. De hecho, la exposición a la diversidad siempre dependerá de la diversidad del contenido disponible en un determinado contexto y, por lo tanto, es variable. Por ejemplo, la variedad de contenido en una región de un Estado de la UE que mayoritariamente habla un idioma diferente al nacional podría no ser comparable con la variedad de contenido disponible en el conjunto del país. Cuando la diversidad de contenidos se incrementa en un determinado contexto, este aumento debería reflejarse también en la exposición a la diversidad.

Los entes reguladores podrían abordar la aplicación efectiva de la diversidad en los sistemas de recomendación algorítmica de las plataformas de varias maneras. La primera, menos intrusiva, es imponer a la plataforma una obligación con respecto al resultado y dejarla libre para decidir cómo implementarla. La segunda es intervenir en el proceso de implementación y establecer (algunos) criterios a través de los cuales el algoritmo debe realizar la curación de contenidos. Esta segunda opción plantea el interrogante de qué salvaguardas deben establecerse para evitar una intervención arbitraria que podría derivar en censura o en propaganda. Algunos autores han señalado que podrían surgir problemas similares, por ejemplo, en el enfoque adoptado en el Código de Prácticas sobre Desinformación de la UE[73], que demanda a las plataformas que prioricen el contenido «confiable»[74].

Varios gobiernos y actores públicos parecen orientar sus respuestas hacia la primera opción y solicitar a las plataformas que sus algoritmos se adapten a consideraciones de interés público. Sin embargo, no está claro a qué se refieren, cómo se supone que las plataformas deben hacer operativa esta demanda o cómo los reguladores pueden supervisar y evaluar los esfuerzos realizados por las plataformas en este sentido. Para encontrar una respuesta eficiente a estas preguntas, la corregulación podría encajar mejor que la regulación. De hecho, una respuesta de correguladora podría beneficiarse de la información que tienen las empresas, pero que les falta a los reguladores, sobre cómo funcionan los algoritmos y cómo dar forma a su diseño para lograr los resultados necesarios. Una respuesta en este sentido, además, facilitaría su aplicación.

Por otro lado, el acceso desagregado a la curación de contenidos debería implementarse y aplicarse en dos niveles: *i)* en términos contractuales y de comportamiento comercial; y *ii)* respecto de estándares y protocolos técnicos. La desagregación podría reflejarse en la relación contractual entre las grandes plataformas y los proveedores de curación de contenidos, que podría contener, al menos, las obligaciones de no fusionar ambos servicios, no imponer restricciones a la capacidad de los usuarios de usar empresas alternativas para la provisión de actividades de curación de contenidos y proporcionar el acceso a terceros en condiciones justas, razonables y no discriminatorias.

Desde una perspectiva técnica, la desagregación podría implicar el diseño de servicios centrales para que sean interoperables (por ejemplo, diseñar las API desde esta perspectiva) a un precio basado en costes que sean objetivamente justificables. De hecho, para poder brindar curación de contenidos en las redes sociales, los terceros deberían tener acceso a las API de las plataformas o poder integrar las suyas en estas. En la actualidad, las principales plataformas de redes sociales tienen sus propias API y brindan acceso a los desarrolladores de aplicaciones bajo diferentes condiciones, por lo que es razonable creer que la primera

opción sería la solución más fácil[75]. Lo que se necesita es, por lo tanto, un grado significativo de interoperabilidad. Algunos autores, expertos y organizaciones de la sociedad civil han avanzado propuestas que van desde la interoperabilidad parcial y unidireccional hasta la interoperabilidad total del protocolo[76]. El establecimiento del grado adecuado de interoperabilidad que se impondría a las principales plataformas podría seguir siendo una tarea del regulador, o podría dejarse en manos de la industria para que especificara, por un lado, alguna forma de supervisión independiente y, por otro, ciertos parámetros mínimos a respetar[77].

Además, la desagregación podría implicar el diseño de servicios básicos, de manera que permitieran gestionar la privacidad, la seguridad y cuestiones técnicas similares de conformidad con los marcos legislativos aplicables, así como con los estándares técnicos y de la industria; no retener, retirar, depreciar o cambiar las API de un modo que tuviera un efecto material adverso en los usuarios, sin ofrecerles el suficiente tiempo para que las consulten o que exista una justificación objetiva para garantizar que los estándares desarrollados sean interoperables[78]. Esta concepción de la desagregación de contenidos parece encajar bien en el marco de la reciente propuesta de la Comisión Europea para una Ley de Mercados Digitales (LMD). De hecho, este texto exige que las grandes empresas permitan la instalación y el uso efectivo de aplicaciones de terceros que interactúen con su sistema operativo[79].

En cuanto a la mejor manera de dar forma y hacer cumplir la desagregación, debido a las marcadas asimetrías de acceso a la información que tiene el mercado, la corregulación podría volver a ser la mejor opción. Una posible solución sería incluir la desagregación y sus obligaciones relacionadas en códigos de conducta, que podrían ser redactados de forma conjunta entre las principales empresas y los reguladores, si bien estos últimos los aprobarían y los harían obligatorios. Recientemente, en el ámbito político se ha expresado la preferencia por este tipo de instrumentos. La Comisión Europea ha recurrido a ellos para tratar de resolver una serie de desafíos que golpean duramente a las redes sociales, entre ellos la desinformación y del discurso de odio[80]. El Informe Furman ha sugerido el desarrollo de un Código de Conducta Competitiva, que se aplicaría a las plataformas digitales que posean una «situación estratégica en el mercado»[81]. La ACCC también solicita a algunas de ellas que ofrezcan un código de conducta que rija sus relaciones comerciales con las empresas de noticias y los medios de comunicación[82]. El código de conducta tiene que establecer requisitos mínimos que las empresas podrían ampliar. Sin embargo, los entes reguladores deberían hacer cumplir esos códigos en caso de que las empresas no lo hagan voluntariamente; también deberían tener la capacidad y la experiencia para supervisar y evaluar su aplicación. En resumen, el diseño de ambas medidas implica resolver cuestiones técnicas complejas. La regulación de la diversidad necesita la implementación material de su valor normativo a través de un algoritmo. El acceso desagregado requiere que las plataformas abran sus API o implementen soluciones similares para que los competidores se conecten y ejecuten sus algoritmos en la plataforma, y todo esto tiene que suceder protegiendo adecuadamente los datos de los usuarios y manteniendo altos estándares de seguridad. En ambos casos, las medidas requieren que los reguladores posean conocimientos técnicos que podrían no tener internamente, pudiendo implementarse de mejor manera si estos

entablan un diálogo transparente y fructífero tanto con los departamentos técnicos de las empresas como con el departamento de política y regulación interna.

6.6. COHERENCIA CON LAS NORMAS EXISTENTES QUE SE APLICAN A LAS CORPORACIONES PROPIETARIAS DE REDES SOCIALES

Las redes sociales están sujetas a una serie de reglas diversas dependiendo del área que estudiemos: algunas se aplican horizontalmente a todos los servicios que brindan (como las leyes de competencia), mientras que otras se aplican solo a la provisión de servicios específicos (como las reglas de protección de datos, las reglas sobre prevención del discurso de odio o sobre la eliminación de contenidos ilegales). Como las dos medidas propuestas aterrizan en un espacio regulatorio compartido, este análisis puede ayudar a los organismos reguladores a evaluar su grado de consistencia con la aplicación de la normativa en vigor a la que están sujetas las redes sociales. Los reguladores deben considerar que imponer a las redes sociales un cierto grado de diversidad al realizar la curación de contenidos podría implicar una obligación para las empresas de supervisar todo lo que circula en sus plataformas. Esto podría resultar en una suerte de supervisión general del discurso de los usuarios por parte de actores privados, lo que constituiría una flagrante violación de la libertad de expresión. Además, tal control podría abrir la puerta a la censura o a una influencia cada vez mayor en el debate público. El marco regulatorio actual de la UE proporciona a las plataformas de alojamiento una exención de responsabilidad, en la medida en que no interactúen de ninguna manera con el contenido que alojan. Esta exención de responsabilidad, proporcionada por la Directiva de Comercio Electrónico83, se mantiene en la nueva propuesta de la Comisión para la LSD[84]. En un escenario en el que se les imponga deberes de vigilancia a las empresas, puede argumentarse que necesariamente acabarán interactuando con el contenido, o al menos con parte de él, perdiendo así su puerto seguro o la exención de responsabilidad. Por lo tanto, los organismos reguladores deben considerar las consecuencias adicionales que esta medida puede acarrear y evaluar si las contrapartidas son compatibles con los resultados que pretenden lograrse.

Por otro lado, el acceso desagregado a la curación de contenidos podría no implicar necesariamente un cambio en el actual régimen de responsabilidad de los intermediarios para las redes sociales. De hecho, separar la curación de contenidos del hospedaje y exigir la posibilidad de que terceros brinden estos servicios en grandes plataformas de redes sociales no implica ajustar ninguna cuota de diversidad en las fuentes y en los puntos de vista y, por lo tanto, no requiere la imposición de una obligación general de supervisión. Además de eliminar el riesgo de violar los estándares internacionales de libertad de expresión, también tiene la ventaja de ser compatible con la propuesta de LSD de la Comisión Europea.

No obstante, si bien el acceso a las API es esencial para que esta medida funcione en la práctica, también deben abordarse cuidadosamente una serie de cuestiones relacionadas. Debe establecerse un sistema adecuado para garantizar que tanto los grandes actores como los terceros recopilen, procesen, almacenen y utilicen los datos de los usuarios de acuerdo con las normas y principios del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[85].

Algunos agentes de la sociedad civil han argumentado que el procesamiento debe limitarse estrictamente a lo necesario para respaldar la interoperabilidad[86].

Otros autores han sugerido que, para evitar revelar información privada del usuario a una gran cantidad de proveedores, sus sistemas de curación de contenidos deben ejecutarse en la propia infraestructura de la plataforma. Si esta es la que proporciona el alojamiento, sería responsable de la experiencia general del usuario[87]. La debilidad de esta propuesta estriba en que, si las plataformas también siguen siendo las responsables de publicar anuncios en el contenido elegido, se restringiría la fuente de ganancias a los proveedores de curación de contenidos, es decir, a sus competidores potenciales.

Podrían plantearse preocupaciones similares a las subrayadas para la protección de datos con respecto a la seguridad. Aquí, la introducción de intermediarios en la curación de contenidos también podría crear incertidumbre sobre la asignación de responsabilidades y obligaciones, que deberían disiparse a través de acuerdos contractuales adecuados o, si es necesario, mediante la intervención regulatoria.

Finalmente, la implementación de algoritmos para la curación de contenidos, independientemente de si son utilizados por las grandes plataformas propietarias de redes sociales o por operadores alternativos, deben cumplir con los estándares internacionales sobre derechos humanos. En particular, el diseño y despliegue de algoritmos debe respetar los criterios sugeridos por diversas normas y recomendaciones que progresivamente están contribuyendo a conformar un marco regulatorio para la inteligencia artificial[88]. Como mínimo, los actores implicados deben evaluar adecuadamente el impacto potencial del algoritmo en los derechos fundamentales de los usuarios tanto en la fase de diseño como durante todo el proceso, así como desarrollar medidas eficientes para evitar o minimizar cualquier impacto negativo. Además, deben implementarse los recursos adecuados en caso de que se detecte un impacto negativo y hacer que sean fácilmente accesibles para los usuarios.

Para concluir, cuando se evalúa desde este punto de vista la diferencia fundamental entre las dos soluciones normativas propuestas, parece que la regulación de la diversidad podría generar conflictos con el régimen de responsabilidad de las plataformas respecto del contenido que alojan, circunstancia que no surge en el acceso desagregado. Esto podría ser una imperfección importante de la primera opción, que los reguladores deberían tener en cuenta al diseñar las medidas a implementar.

6.7. CONSIDERACIONES INSTITUCIONALES

Cada vez hay más presión para que se regulen las redes sociales, y la atención se dirige a una serie de organismos concretos. En este epígrafe se analiza si, y en qué grado, las dos medidas aquí propuestas requerirían un nuevo regulador, y cómo un regulador ya existente y encargado de hacerlas cumplir podría coordinarse con el resto de las entidades con las que comparte competencias sobre este tipo de plataformas.

La diversidad de los medios de comunicación ha sido tradicionalmente uno de los objetivos de este tipo de regulación; por tanto, esta medida está en el ámbito competencial

de dichos reguladores y no requiere la creación de uno nuevo. Sin embargo, estos deben coordinarse con los organismos encargados de proteger el derecho de libertad de expresión de las personas, ya que la medida afecta a la exposición a la diversidad de una manera paternalista que debe controlarse. Además, podría requerirse al menos un grado mínimo de coordinación con las autoridades de protección de datos y de consumidores para garantizar que sus obligaciones se implementen de manera que cumplan con la regulación vigente. En este caso, no parece que sea necesaria la coordinación con las autoridades de competencia. La desagregación de contenidos, por otro lado, es parte de la caja de herramientas tradicional tanto de los reguladores de telecomunicaciones como de las autoridades de competencia. Los primeros la han aplicado tradicionalmente *ex ante* a las grandes plataformas, mientras que los segundos pueden imponerlo *ex post* a las que abusan de su posición de poder. Dado que la medida aquí propuesta debe aplicarse *ex ante*, los reguladores de las telecomunicaciones podrían ser las entidades más indicadas para llevarla a cabo. Una ventaja adicional sería que, en la UE, la mayoría de los reguladores de telecomunicaciones también tratan con el sector de los medios y, por lo tanto, tienen la experiencia necesaria para abordar los problemas de diversidad de los medios.

La desagregación debe configurarse y aplicarse de manera que garantice los derechos de los consumidores, incluidos los de protección de datos. Para hacerlo, el regulador debe buscar el asesoramiento de las autoridades de protección de los derechos de estas dos áreas que cuenten con la experiencia necesaria. Esto podría hacerse en forma de consulta, lo que permite al regulador analizar el tema desde las diferentes perspectivas relevantes y beneficiarse de la experiencia específica que este no tiene internamente. Además, un acuerdo sobre las medias a implementar puede evitar conflictos en la fase de ejecución, ya que a través de esta consulta las autoridades llegarían a una posición consensuada sobre las infracciones a imponer en caso de que no se apliquen adecuadamente las medidas acordadas[89].

También podría ser necesaria alguna forma de coordinación con las autoridades de competencia. En primer lugar, porque las plataformas con poder de control también podrían alcanzar una posición de dominación y, por lo tanto, su comportamiento podría ser relevante en virtud del artículo 102 TFUE. En segundo lugar, porque el poder de control puede traducirse en comportamientos anticompetitivos que las autoridades de competencia podrían decidir atacar *ex post*. Una vez más, los dos reguladores se benefician sustancialmente de alguna forma de cooperación a la que conduce una medida acordada, y esto se traduce también en una mayor seguridad jurídica para las empresas a las que se les impone. De hecho, en el pasado ha habido ejemplos de reglas *ex ante* que incluían la desagregación de contenidos impuestas a operadores que, sin embargo, fueron acusados de infringir el artículo 102 del TFUE mientras aplicaban la medida. Un ejemplo de ello es la situación que afectó a Deutsche Telekom en el año 2003: la empresa se vio obligada a desagregar el bucle local y a aplicar precios mayoristas aprobados por la autoridad alemana de telecomunicaciones[90]. Sin embargo, se consideró que los precios al por mayor y al por menor aprobados constituían una presión sobre estos, lo que contravenía el artículo 102 del TFUE. Deutsche Telekom argumentó que su decisión se basó en las instrucciones del regulador y, por lo tanto, que su política de precios era legal. La Comisión, por su parte,

argumentó que la empresa tenía un margen discrecional suficiente que le permitía fijar su propia política de precios, considerando la conducta como propia y no como una imposición del regulador. Por lo tanto, dado que la conducta se consideró propia de la empresa, se aplicó la ley de competencia. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó esta visión[91]. La coordinación entre los reguladores y las autoridades de competencia mientras se da forma a las medidas puede mejorar la calidad de la toma de decisiones, brindar más seguridad jurídica, eliminar duplicaciones innecesarias y garantizar su aplicación efectiva.

En conclusión, desde una perspectiva institucional, la regulación de la diversidad está más contenida en el espacio normativo tradicionalmente atribuido a los reguladores de medios y, por lo tanto, podría requerir una menor coordinación entre estos últimos y otros reguladores. Por el contrario, para ser diseñado y aplicado adecuadamente, el acceso desagregado a los contenidos podría necesitar un mayor grado de cooperación entre los diferentes reguladores que se ocupan de las materias afectadas, que van desde la competencia hasta la protección de datos.

Como comentario general a la Parte III, debe tomarse en consideración que, si bien cada uno de los referentes y utilizados en esta sección tiene su propio alcance en la evaluación de las dos propuestas aquí expuestas, existen varios grados en los que estas se superponen e interactúan. Por ejemplo, como se mencionó anteriormente, el enfoque normativo tiene un impacto en el empoderamiento de los usuarios. La consistencia con las reglas ya existentes que se aplican a las redes sociales influye en el papel que juega el regulador en el espacio que comparte con los encargados de hacer cumplir esas reglas. La necesidad de otras normas complementarias depende de cómo se diseñe concretamente la medida. Los organismos reguladores, por lo tanto, no deben analizar estos referentes por separado, sino considerar las estrechas relaciones que existen entre ellos.

PARTE IV

7. CONCLUSIONES

El proceso masivo de digitalización experimentado en las últimas dos décadas ha aumentado enormemente las posibilidades de que las personas generen, compartan y accedan a contenidos en línea. Si bien esta cantidad cada vez mayor de información está teóricamente disponible para todos, la capacidad de las personas para acceder a ella y disfrutar concretamente de su pluralidad y diversidad puede verse fuertemente limitada en los mercados de redes sociales por una serie de factores. Este artículo contribuye a este debate a través del análisis de la insuficiente exposición a la diversidad de contenidos en las redes sociales, centrándose en lo que podría ser una de sus principales causas: la forma a través de la cual los sistemas automatizados que utilizan las plataformas seleccionan el contenido. También sugiere dos posibles soluciones regulatorias y propone un marco analítico que los reguladores podrían usar para evaluar la solidez y la eficiencia de cada una de ellas bajo una serie de referentes.

La primera solución es regular la diversidad mediante la imposición de obligaciones a los actores con poderes de control. La segunda es separar las actividades de hospedaje de las actividades de curación de contenidos y obligar a las grandes plataformas a brindar un acceso justo, razonable y no discriminatorio a aquellos competidores que quieran brindar este último servicio en sus plataformas.

Los referentes analizados en el marco analítico se han seleccionado para ayudar a los organismos reguladores en su evaluación y para proporcionar información de cara a futuras investigaciones sobre otros elementos que no han sido analizados o han sido analizados de modo insuficiente. Así, los puntos de referencia aquí utilizados examinan las medidas propuestas desde diferentes perspectivas: su contenido, su impacto en los mercados, los consumidores y los marcos regulatorios existentes, su aplicación y los desafíos relacionados con los problemas del entorno institucional.

Una conclusión preliminar es que el acceso desagregado a la curación de contenidos podría ser una mejor opción que la regulación de la diversidad. Con la desagregación, el Estado interviene en la dinámica del mercado y se apoya en la sana competencia entre los actores para asegurar la diversidad; además, parece dar una respuesta más adecuada no solo al error de mercado en términos de exposición a la diversidad, sino también a otros problemas relacionados con redes sociales como la existencia de limitaciones de acceso al mercado, su alta concentración, y la falta de alternativas viables para los usuarios. Esta particularidad podría desempeñar un papel importante en la evaluación de los reguladores. De hecho, en un número cada vez mayor de mercados en línea es posible observar varios fallos de mercado simultáneos. Como a menudo estos son competencia de diferentes reguladores, cada uno de ellos debe intervenir para asegurar los fines y objetivos de su competencia; no obstante, a la hora de seleccionar el instrumento adecuado para la intervención, los reguladores también debe tener muy en cuenta el impacto que cada uno de ellos puede tener sobre los objetivos que otros reguladores están llamados a asegurar en el mismo mercado, y elegir el que facilite, o al menos no entre en conflicto, con esos objetivos. El acceso desagregado parece ser un buen ejemplo de este enfoque.

Queda por señalar que, para que esta medida funcione correctamente y no socave los derechos humanos de los usuarios, es posible que sea necesario resolver algunos desafíos adicionales. Este documento ha tratado de identificarlos y de señalar que, para poder abordarlos adecuadamente, deberían ser objeto de una mayor investigación y debate.

Con ese objetivo, sería fundamental un mejor conocimiento de cómo funcionan los algoritmos para la curación de contenidos a fin de que los reguladores tomen decisiones más informadas. Aún existe la necesidad de investigación adicional, cuyo principal obstáculo parece ser la falta de acceso a la información necesaria para realizarla. Los reguladores también podrían desempeñar un papel aquí: por ejemplo, imponiendo a las plataformas y a los curadores de contenidos una mayor transparencia sobre los sistemas automatizados que utilizan y, en general, sobre sus modelos comerciales, obligándolos a proporcionar acceso a la información y a los datos necesarios para realizar investigaciones independientes. Tanto la propuesta de LSD como la de LMD parecen ir en esta dirección. Además, los estándares técnicos podrían contribuir a hacer que los sistemas automatizados —y, por lo tanto, la

curación de contenidos— sean más respetuosos con los derechos humanos y más sensibles a la exposición a la diversidad. Con este objetivo, un diálogo continuo entre la industria y otras partes interesadas probablemente conduciría a mejores resultados tanto para los usuarios como para la sociedad en su conjunto.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la regulación de la diversidad y la desagregación del hospedaje y la curación de contenidos no necesariamente se excluyen entre sí. Hay varias formas de combinarlos, y en diferentes grados. Un escenario idóneo podría ser que el regulador imponga la desagregación y, al mismo tiempo, intervenga en los criterios o estándares utilizados por los actores para la configuración de contenido. En este caso, el resultado final, es decir, la selección de contenidos que ven los usuarios, no se deja totalmente librada al sistema automatizado. Cierto grado de experimentalismo por parte de los reguladores puede ser bienvenido en este escenario, donde deben considerarse y abordarse una gran cantidad de factores comerciales y técnicos para lograr y garantizar los objetivos de interés público. Sin embargo, los instintos reguladores deben mantenerse bajo control, por lo que el desarrollo de las intervenciones normativas de los organismos reguladores debe superar los *test* de proporcionalidad y necesidad.

NOTAS

1. En este documento, denominaré «curación de contenidos» a las medidas tomadas por las redes sociales que afectan tanto a la disponibilidad, visibilidad y accesibilidad del contenido como a su clasificación, promoción, y degradación. Estas medidas son realizadas por sistemas total o parcialmente automatizados basados en algoritmos. La curación de contenidos difiere de la moderación de contenidos, que generalmente indica las actividades realizadas por las redes sociales para detectar, identificar y abordar contenido ilegal o contenido incompatible con sus términos y condiciones. Para una definición de estos conceptos, *vid.* Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE COM/2020/825 final, artículo 2; y Mazzoli y Tambini (2020).

2. Helberger, Karppinen y D'Acunto (2018: 191 ss.).

3. Consejo de Europa, Recommendation CM/Rec (2018)1[1] of the Committee of Ministers to member States on media pluralism and transparency of media ownership, 2018.

4. *Ibíd.*

5. Pearson, Brand, Archbold y Rane (2001); y Ofcom, *Measurement Framework for Media Plurality: Ofcom's Advice to the Secretary of State for Culture, Media and Sport*, 2015.

6. Loecherbach, Moeller, Trilling y Atteveldt (2020: 605 ss.); Hoffman, Lutz, Meckel y Ranzini (2015: 1360 ss.); y Ciaglia (2013: 410 ss.).

7. Masini y Van Aelst (2017: 107 ss.); y Baden y Springer (2015: 176 ss.).

8. Algunos autores han identificado un número de subdimensiones de la diversidad para facilitar la evaluación desde el punto de vista operativo. Las principales son: diversidad de entidades, diversidad en los

temas, diversidad en los puntos de vista u en su estructura. Para una visión general sobre este tema, *vid.* Loecherbach, Moeller, Trilling y Atteveldt (2020).

9. Centre for Media Pluralism and Media Freedom, *Media Pluralism Monitor 2020,* 2020.

10. Raejimaekers y Maeseele (2015: 1402 ss.)

11. Algunos autores también han argumentado que la diversidad tal y como se recibe no ha sido suficientemente considerada por la ley y la política de medios, y han reclamado que en las investigaciones se integren otras disciplinas como las ciencias de la comunicación en la política de medios. *Vid.*, entre otros, Helberger (2012 ss.). Más en general, algunos autores de diferentes áreas de conocimiento han señalado que la diversidad de la oferta, por sí sola, no puede garantizar la diversidad de recepción o la diversidad de opciones para las personas. *Vid.,* respectivamente, McQuail (1993: 158 ss.); y Van der Wurft (2004: 215 ss.).

12. Webster (2007: 309 ss.); Napoli (2011: 246 ss.); Karppinen (2013); y Helberger, Karppinen y D'Acunto (2018).

13. Van der Wurft (2004).

14. Desde la llegada de Internet, el desajuste entre la diversidad de contenido disponible y la exposición a su diversidad se ha hecho cada vez más grave. La digitalización y los desarrollos tecnológicos han provocado un cambio sustancial en el escenario: desde una perspectiva puramente cuantitativa, actualmente tenemos más diversidad de información en línea que nunca. La digitalización ha hecho que la creación y distribución de contenidos sea sustancialmente más fácil, barata y rápida. Por tanto, al menos en principio, la sociedad dispone de contenidos cada vez más diversos. Sin embargo, es importante señalar que, si bien el contenido y la información ya no parecen estar sujetos a escasez, la atención que les podemos prestar sí lo está. La capacidad de cada persona para dedicar atención a la información disponible en línea es limitada; por lo tanto, lo que cuenta desde una perspectiva individual no es necesariamente la diversidad de contenidos disponibles, sino la diversidad de contenido al que cada persona puede acceder fácilmente o a la que está efectivamente expuesto. Para una discusión sobre este tema*, vid.,* entre otros, Wu (2017: 82 ss.); Ksiazek, Kim y Malthouse (2019: 1 ss.); y Naughton (2018: 388 ss.).

15. Algunos autores han argumentado que, en los mercados en línea, el creciente poder de los consumidores para «filtrar» lo que ven debido a los avances tecnológicos conduce a un proceso de personalización que reduce su exposición a una lista más o menos limitada de temas y perspectivas que es resultado de propia elección. *Vid.*, por ejemplo, Sunstein (2001). Sobre esta misma cuestión, *vid.*, también, Bodó, Helberger, Eskens y Möller (2019: 206 ss.); y Borgesius Zuiderveen, Trilling, Möller, Bodo, De Vreese y Helberger (2016).

16. Ofcom, *News Consumption in the UK: Main Findings*, 2019. Datos similares se pueden encontrar en el informe del año 2018 del regulador italiano. Ver: AGCOM, *Rapporto sul consumo di informazione*, 2018.

17. ACCC, *Digital Platforms Inquiry. Final Report,* 2019.

18. Reuters Institute for the Study of Journalism, *Digital News Report*, Oxford University Institute, 2019.

19. Reuters Institute for the Study of Journalism, *Digital News Report*, Oxford University Institute, 2020.

20. Estas plataformas han cambiado sus políticas para incluir cierta desinformación sobre la Covid-19 dentro del alcance del contenido «perjudicial» que eliminan. Cf, por ejemplo: Twitter, «COVID-19 misleading information policy», 2020; Facebook, «An Update on Our Work to Keep People Informed and Limit Misinformation About COVID-19», 2020.

21. Moore y Tambini (2018: 4); ACCC, *Digital Platforms Inquiry. Final Report* (2019); y Mazzoli y Tambini (2020).

22. Existe una vasta literatura sobre los sistemas de recomendación algorítmica utilizados para la curación de contenidos. Tradicionalmente, algunos autores distinguen dos métodos básicos para producir recomendaciones en el filtrado colaborativo de usuarios. (Shardanand y P. Maes, 1995: 210 ss.) y el filtrado basado en contenido (Foltz y Dumais, 1992: 51 ss.). El filtrado colaborativo se basa en los patrones de comportamiento y consumo de los usuarios, mientras que el filtrado basado en contenido produce recomendaciones basadas en características compartidas del contenido. El tipo de datos y metadatos necesarios para cada uno de ellos es diferente: el primero necesita datos de consumo, el segundo necesita descripciones de metadatos de cada elemento. Ambos sistemas presentan deficiencias que han llevado a las empresas a utililizar sistemas híbridos (Cacheda, Carneiro, Fernández y Formoso, 2011; y Ricci, Rokach y Shapira, 2015). Para un análisis más amplio de esta cuestión, *vid.* también Sartor y Loreggia (2020); y Helberger (2019).

23. Varios autores y profesionales han definido a los proveedores de redes sociales como agregadores «financiados con anuncios», que brindan servicios «gratuitos» a los consumidores, que valorizan su actividad a través de anuncios o recopilación de datos. *Vid.*, por ejemplo, Stasi (2019: 86 ss.); Caffarra, Etro, Latham y Scott Morton (2020).

24. Algunos estudios demuestran que el contenido más atractivo suele ser lo que Mark Zuckerberg denomina «límite» (Zuckerberg, 2018), que no es otro que aquel más sensacionalista y provocativo y que incluye aquellas historias que apelan a nuestros instintos básicos y desencadenan nuestro miedo e ira. *Vid.*, entre otros, Tufekci (2016); Vosoughi, Roy y Aral (2018: 1146 ss.); y The Cairncross Review, *A Sustainable Future for Journalism,* 2019.

25. Tufecki (2016).

26. Wu (2017: 4); y Wolfram (2019).

27. ACCC, Digital Platforms Inquiry, Final Report, cit.

28. Cabe señalar, sin embargo, que las investigaciones empíricas sobre cómo las recomendaciones algorítmicas afectan a la exposición a la diversidad en las plataformas aún son limitadas debido a la disponibilidad reducida de datos que estas se niegan a compartir con la academia, los organismos reguladores o la sociedad civil. Sin embargo, varios estudios han mostrado que la exposición a la diversidad en línea ha aumentado en los últimos años, y no al contrario. Por ejemplo, en un estudio comparativo basado en datos de encuestas de cuatro países, Fletcher y Nielsen (2018) llegaron a la conclusión de que, incluso si uno mira solo las redes sociales, las personas reciben noticias que son más diversas respecto de sus fuentes. Al igual que muchos estudios basados en encuestas, puede argumentarse que este adolece de precisión y confiabilidad limitadas (Scharkow, 2016: 13 ss.). Las medidas de autodenuncia han sido criticadas recientemente por estar sesgadas hacia noticias actuales y de uso rutinario (Taneja, Wu y Edjerly, 2018: 1792 ss.), así como por ser particularmente imprecisas cuando las personas acceden noticias vía intermediarios (Kalogeropolous, Fletcher y Nielsen, 2019: 583 ss.). Para evitar estos sesgos e inexactitudes, Scharkow *et al.* Analizaron grandes conjuntos de datos de seguimiento del comportamiento de navegación a nivel individual en Alemania, recopilados de forma independiente en 2012 y 2018, y aplicaron un modelo intermedio de efectos aleatorios (REWB) para identificar los efectos en las redes sociales y otros intermediarios para la exposición a las noticias. Argumentan que la exposición incidental a las noticias, es decir, la exposición a las noticias que los usuarios obtienen sin buscarlas, esto es, simplemente como parte de su conexión con la plataforma, es mayor para aquellos usuarios que acceden a los sitios de redes sociales con mayor frecuencia en un día determinado. Sin embargo, su investigación parece centrarse en la cantidad de exposición a las noticias, más que en su diversidad (Scharkow, Mangold y Stier, 2020: 2761 ss.). En cualquier caso, este artículo argumenta que, para evaluar si existe un error del mercado en

términos de exposición a la diversidad de contenidos en las redes sociales, el análisis comparativo no debe realizarse con la situación del mercado de hace diez o cinco años, como argumentan algunos autores, sino con un mercado presente hipotético donde el contenido se cura de manera neutral o donde un número suficiente de alternativas para la curación de contenidos está disponible para los usuarios y hay transparencia y suficiente información sobre cómo esta se realiza. Si el error del mercado consiste en los límites artificiales e intencionales que las plataformas de redes sociales imponen hoy a la exposición a la diversidad, el marco de comparación debería ser la exposición a la diversidad en un mercado donde ese error de mercado se resuelve o internaliza por quienes lo causan.

29. Para una discusión sobre cómo combinar estos dos tipos de diversidad y crear una dieta algorítmica diversa*, vid.* Sørensen y Schmidt (2016).

30. Sunstein (2011); y Pariser (2011).

31. Webster (2007); Sørensen y Schmidt (2016); y Harambam, Helberger y van Hoboken (2018).

32. Helberger, Moeller y Vrijenhoek (2020).

33. Reuters Institute, Digital News Report, 2019, cit.

34. ACCC, Digital Platforms Inquiry, cit.

35. Shapiro (2000).

36. Pariser (2011); y Sunstein (2015: 413 ss.).

37. Thorson y Wells (2015: 309 ss.).

38. El fenómeno del comportamiento no auténtico no es marginal. Las grandes plataformas cada vez le dedican cada vez más atención. Por ejemplo, Facebook ha comenzado a publicar informes regulares sobre el tema. Facebook, *February 2021 Coordinated Inauthentic Behaviour Report*, 3 marzo de 2021. La Comisión Europea también le está dedicando atención al este fenómeno dentro de su estrategia contra la desinformación. *Vid.* Comisión Europea, *Guidance on Strengthening the Code of Practice on Disinformation*, COM (2021) 262 final, 26 de mayo de 2021.

39. Podszun (2019); y Fish y Gal (2020).

40. Comisión Europea, Ley de Servicios Digitales, cit., artículo 29 (2).

41. Forbrukerrådet, *Deceived by Design. How Tech Companies Use Dark Patterns to Discourage Us from Exercising Our Right to Privacy*, 2018; Behavioural Insight Team, *The Behavioural Science of Online Harm and Manipulation, and What to Do About It*, 2019.

42. Ofcom, *Online Market Failure and Harms. An Economic Perspective on the Challenges and Opportunities in Regulating Online Services*, 2019.

43. Algunos autores y los organismos reguladores han destacado los desafíos relacionados con los incumplimientos, los patrones oscuros y el impulso de estos comportamientos. Para una descripción general del tema, *vid.*, entre otros, Bar-Gill y Ben-Shahar (2021: 531 ss.); y Competition and Markets Authority, *Online Platforms and Digital Advertising*, Market Study Final Report, 1 July 2020; ACCC, *Digital Platforms Inquiry*, cit.

44. Parcu (2029).

45. La Comisión Europea ha reconocido explícitamente este problema y se supone que su reciente propuesta regulatoria para una Ley de Mercados Digitales lo resolverá. *Vid.* Propuesta de Reglamento del

Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE COM/2020/825 final, 2020/0374 COD.

46. Varios autores con experiencia en el área han descrito la existencia de estos desafíos en los mercados digitales. Ver, por ejemplo: Ofcom, *Market Failure and Harm*, cit. Cremer, de Montjoye y Schweitzer (2019); y Sitlger Committee on Digital Platforms, Final Report, 2019; Competition and Markets Authority, *Online Platforms and Digital Advertising*, cit.

47. Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec (2018) 1, cit.

48. ACCC, Digital Platforms Inquiry, cit.

49. Comisión Europea, Ley de Servicios Digitales, cit., artículo 26. Para una definición de «grandes plataformas en línea», *vid.* Artículo 25.

50. *Vid.*, entre muchos otros, Herndon (2019); y *The economist* (2019).

51. *Vid.*, entre otros, Noam (2019); Digital Competition Expert Panel, Unlocking Digital Competition, 2019; Autorité de la Concurrence, *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques,* 19 de febrero de 2020; y Competition and Markets Authority, *Online Platforms and Digital Advertising*, cit.

52. Alexiadis y de Streel (2020). En su reciente propuesta de Ley de Servicios Digitales, la Comisión Europea ha apostado por la imposición de obligaciones asimétricas a las «plataformas muy grandes», definidas con base en su media de usuarios mensuales en la UE. Se prevé una evaluación más compleja en la segunda propuesta emitida recientemente por la Comisión: la Ley de Mercados Digitales (LMD). Esta última define a los «controladores del acceso» (*gatekeepers*) en función de la combinación de tres parámetros cuantitativos: volumen de negocios anual, capitalización de mercado promedio y usuarios mensuales promedio durante al menos tres años financieros. Sin embargo, la LMD también ofrece la posibilidad de que la Comisión defina un garante sobre la base de una evaluación cualitativa caso por caso, si es necesario. *Vid.*, Comisión Europea, Ley de Servicios Digitales, cit., artículo 3.

53. Comisión Europea, *Microsoft c. LinkedIn*, caso M.8124 [2016].

54. Este enfoque se basa en el reconocimiento de que los Estados tienen el derecho soberano de formular, adoptar e implementar políticas y medidas para la protección de la exposición a la diversidad cultural. *Vid.* King y Shramme (2019); y Vlassis (2020). En esa misma línea, la Directiva de servicios de medios audiovisuales de la UE, en el considerando 25, afirma que los Estados miembros pueden «[…] imponer obligaciones para garantizar la relevancia adecuada del contenido de interés común en el marco de objetivos de interés general definidos, como el pluralismo de los medios de comunicación, la libertad de expresión y la diversidad cultural». *Vid.* Directiva (EU) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 que modifica la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) desde la óptica del cambio de las realidades del mercado [2018] OJ L 303, 69-92).

55. The Cairncross Review, *A Sustainable Future for Journalism*, cit.

56. Held (2006).

57. Strömbäck (2005: 331 ss.).

58. Valcke (2004); y Napoli (2006).

59. Convenio Europea de Derechos Humanos (1950), artículo 10.

60. Kaye (2019); Helberger (2020); y Fukuyama y Richman (2001).

61. Ferree, Gamson, Gerhards y Rucht (2002: 289 ss.); y Strömback (2005).

62. *Vid.,* entre otros, Vestager (2018); Ead., *Internets of the World Conference*, 5 de diciembre de 2019.

63. La reciente iniciativa de la autoridad de radiodifusión alemana (*Medienstaatsvertrag* o MstV), no se dirige únicamente a las plataformas de medios y servicios de transmisión, sino también a los intermediarios de medios, que se definen como «cualquier medio de comunicación que agrega, selecciona y presenta contenidos periodísticos/editoriales de terceros, sin presentarlas como una oferta completa». Si bien aún deben aclararse las definiciones, el borrador de MStV incluye una lista de ofertas digitales que van desde motores de búsqueda hasta redes sociales, incluyendo agregadores de noticias. Según las disposiciones de transparencia, los intermediarios de medios deberán proporcionar información sobre cómo funcionan sus algoritmos, incluidos los criterios que determinan: *i)* cómo se accede y encuentra el contenido, y *ii)* cómo se agrega, selecciona, presenta y pesa el contenido. De hecho, las reglas de transparencia abordan las asimetrías de información para los usuarios al aumentar su conocimiento sobre cómo se selecciona y cura lo que ven. Los desafíos para los propósitos aquí expuestos siguen siendo que las reglas de MstV no ofrecen a los usuarios la posibilidad de elegir los criterios que se utilizan para clasificar la información que se mostrará. La conciencia sobre el *statu quo* sin la posibilidad de elegir alternativas es un arma poco útil. La propuesta de la Comisión Europea para la Ley de Servicios Digitales también elige el camino de la transparencia, con una primera capa de obligaciones impuestas a todos los actores implicados y otras adicionales impuestas a plataformas muy grandes. *Vid.* Comisión Europea, Ley de Servicios Digitales, cit.

64. Nuevamente, la configuración predeterminada tiene un papel fundamental. Los reguladores podrían llamar a plataformas y actores alternativos para garantizar, por defecto, un grado específico de transparencia sobre los servicios que brindan y, en particular, sobre cómo funciona su algoritmo. Alemania está experimentando un enfoque similar: la German Network Enforcement Act (NetzDG) impone reglas de transparencia que algunas plataformas han implementado en su configuración predeterminada. Sin embargo, la NetzDG no apunta expresamente a los valores predeterminados y, por ello, algunos actores —por ejemplo, Facebook— han podido mantener los suyos, agregando una posibilidad alternativa para los usuarios que cumplen con la NeztDG que, sin embargo, sigue siendo mucho menos utilizada por ellos.

65. Tchehouali (2020).

66. Harambam, Helberger y van Hoboken (2018).

67. Comisión Europea, Ley de Servicios Digitales, cit., artículo 29 (2).

68. Van der Poel (2013).

69. Helberger, Moeller y Vrijenhoek (2020).

70. Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec(2018)1, cit.

71. ARTICLE 19, Social Media Councils: Consultation Paper*,* 2019.

72. Friedman, Hendry y Borning (2017: 63 ss.).

73. Código de buenas prácticas de la Unión en materia de desinformación, 2018.

74. Helberger, Leersen y van Drunen (2019).

75. Sin embargo, algunos autores siguen siendo escépticos respecto a la viabilidad técnica de esta solución. *Vid.,* por ejemplo, Keller (2019).

76. Pueden encontrarse sugerencias sobre medidas de interoperabilidad y el modo de darles forma en casos específicos, entre otros, en: Cremer, De Montjoye y Schweitzer (2019); Brown (2020); Bertola (2020); Internet Society, *White Paper: Considerations for Mandating Open Interfaces*, diciembre de 2020; Cyphers y Doctorow (2021); y Marsden y Podszun (2020).

77. Alexiadis y De Streel (2020).

78. Competition and Markets Authority, *Online Platforms and Digital Advertising,* cit. Cabe señalar que los comportamientos relevantes de las redes sociales dominantes que analizo en este documento podrían configurarse como un abuso de explotación hacia los usuarios, complementado con un efecto de exclusión sobre los competidores. Aunque en principio la desagregación de contenidos como remedio *ex post* podría tener un efecto igual o similar que la desagregación reglamentaria, en este caso, sin embargo, estoy convencida de que no lo sería. Esto se debe a que el caso se trata de un error de mercado persistente que se extiende en el tiempo y donde la intervención es indispensable. Por esta razón, siguiendo lo establecido en el considerando 16 de la Recomendación de la Comisión Europea 2014/710, sugiero la desagregación como un remedio *ex ante* y no *ex post* y reclamo una intervención regulatoria en lugar de la aplicación de las normas de competencia.

79. Comisión Europea, Ley de Mercados Digitales, cit., actículo 6 (1)(c).

80. *Ibíd.*; Comisión Europea, Código de conducta para la sobre el discurso de odio en línea, 2016.

81. Digital Competition Expert Panel, Unlocking Digital Competition, cit.

82. ACCC, Digital Platforms Inquiry, cit.

83. Directiva 2000/31/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) [2000] OJ L 178, 1—16.

84. Comisión Europea, Ley de Servicios Digitales, cit., artículo 5.

85. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos [2016] OJ L 119.

86. Cyphers y Doctorow (2020). De forma similar, El Consejo Europeo de Protección de Datos (EDPB), en el contexto de la evaluación de soluciones interoperables para aplicaciones Covid-19, ha enfatizado que esta no debe usarse como argumento para extender la recopilación de datos personales más allá de lo necesario, y que será necesario definir las relaciones y responsabilidades de los corresponsables del tratamiento con respecto al interesado, poniéndose esta información a su disposición. *Vid.* EDPB, *Statement on the Data Protection Impact of the Interoperability of Contact Tracing Apps*, 16 de junio de 2020.

87. Wolfram (2019).

88. Grupo de expertos de alto nivel sobre IA, Guías éticas para una IA confiable, 2019; Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa, *Unboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights,* 2019; relator especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Expresión, Informe del relator especial a la Asamblea General sobre Tecnologías de Inteligencia Artificial e Implicaciones para el Entorno de la Información, A/73/348, 2018; representante especial del secretario general de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Implementación del marco «Proteger, respetar y remediar» de las Naciones Unidas, Anexo del informe A/HRC/17/ 31, 2011.

89. Monti (2020).

90. Comisión Europea, Caso COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579—*Deutsche Telekom AG* [2003], OJ L 263/9.

91. TJUE, C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Comisión Europea* (2010).

BIBLIOGRAFÍA

ALEXIADIS, Peter y Alexandre DE STREEL (2020): Designing an EU Intervention Standard for Digital Gatekeepers, EUI Working Paper Series, RSCAS 2020/14.

BADEN, Christian y Nina SPRINGER (2015): «Conceptualizing Viewpoint Diversity in News Discourse», *Journalism*, 18(2), 176-194.

BAR-GILL, Oren y Omri BEN-SHAHAR (2021): «Rethinking Nudge: An Information-Costs Theory of Default Rules», *University of Chicago Law Review*, 88, 531-604.

BERTOLA, Vittorio (2020): *A Technical and Policy Analysis of Interoperable Internet Messaging.*

BODÓ, Balázs, Natali HELBERGER, Sarah ESKENS y Judith MÖLLER (2019): «Interested in Diversity», *Digital Journalism*, 7(2), 206-229.

BORGESIUS ZUIDERVEEN, Frederik, Damian TRILLING, Judith MÖLLER, Balázs BODÓ, Claes H. DE VREESE y Natali HELBERGER (2016): «Should We Worry about Filter Bubbles? An Interdisciplinary Inquiry into Self-Selected and Pre-Selected Personalized Communication», *Internet Policy Review,* 5(1).

BROWN, Ian (2000) *The technical components of interoperability as a tool for competition regulation,* OSF preimpresión.

CAFFARRA, Cristina, Federico ETRO, Oliver LATHAM y Fiona SCOTT MORTON (2020): «Designing regulation for digital platforms: Why economists need to work on business models», *Voxeu. org*, 4 de junio.

CACHEDA, Fidel, Víctor CARNEIRO, Diego FERNÁNDEZ y Vreixo FORMOSO (2011): «Comparison of collaborative filtering algorithms: limitations of current techniques and proposals for scalable, high-performance recommender systems», *ACM Transactions on the Web*, 5(1), Article 2, 1-33

CIAGLIA, Antonio (2013): «Pluralism of the System, Pluralism in the System: Assessing the Nature of Media Diversity in Two European Countries», *International Communication Gazette*, 75(4), 2013, 410-426.

CREMER, Jacques, Yves-Alexandre DE MONTJOYE y Heike SCHWEITZER (2019): *Competition Policy for the Digital Era,* European Commission.

CYPHERS, Bennet y Cory DOCTOROW (2020): «A Legislative Path to an Interoperable Internet», *Electronic Frontiers Foundation Deeplink*, 28 de julio.

– (2021): «Privacy Without Monopoly: Data Protection and Interoperability», *Electronic Frontier Foundation Paper*, 12 de febrero.

FISH, Eran y Michal GAL (2020): «Echo Chambers and Competition Law: Should Algorithmic Choices Be Respected?», *Competition Policy International*, 24 de marzo.

FLETCHER, Richard y Rasmus K. NIELSEN (2018): «Are People Incidentally Expose to on Social Media?», *New Media*, 20, 2450-2468.

FOLTZ, Peter W. y Susan T. DUMAIS (1992): «Personalized information delivery: an analysis of information filtering methods», *ACM Commun.* 35(12), 51-60.

FRIEDMAN, Batya, David G. HENDRY y Alan BORNING (2017): *A Survey of Value Sensitive Design Methods*, *Human—Computer Interaction,* 11(2), 63-125.

FUKUYAMA, Francis, Barack RICHMAN y Ashish GOEL (2021): «How to Save Democracy from Technology. Ending Big Tech's Information Monopoly», *Foreign Affairs*, enero-febrero.

HARAMBAM, Jaron, Natali HELBERGER y Joris VAN HOBOKEN (2018): «Democratizing Algorithmic News Recommenders: How to Materialize Voice in a Technologically Saturated Media Ecosystem», *Philosophical Transaction of the Royal Society A*, 376 (2133), 15 de octubre.
HELBERGER, Natali (2012): «Exposure Diversity as a Policy Goal», *Journal of Media Law*, 1(4), 65-92.
– (2019): «On the Democratic Role of News Recommenders», *Digital Journalism*, 7(8), 993-1012.
– (2020): «The Political Power of Platforms: How Current Attempts to Regulate Misinformation Amplify Opinion Power», *Digital Journalism*,
HELBERGER, Natali, Kari KARPPINEN y Lucia D'ACUNTO (2018): «Exposure diversity as a design principle for recommender systems», *Information, Communication & Society*, 21(2), 191-207.
HELBERGER, Natali, Paddy LEERSEN y Maz VAN DRUNEN (2019): «Germany proposes Europe's first diversity rules for social media», Blog LSE, 29 de mayo.
HELBERGER, Natali, Judith MOELLER y Sanne VRIJENHOEK (2020): *Diversity by Design,* documento preparado para el Departamento del Patrimonio Canadiense y la Comisión Canadiense para la Unesco.
HELD, David (2006): *Models of Democracy*, Redwood City: Stanford University Press.
HERNDON, Astead W. (2019): «Elizabeth Warren Proposes Breaking Up Tech Giants Like Amazon and Facebook», *The New York Times*, 8 de marzo.
HOFFMAN, Christian P., Christoph LUTZ, Miriam MECKEL y Giulia RANZINI (2015): «Diversity by Choice: Applying a Social Cognitive Perspective to the Role of Public Service Media in the Digital Age», *International Journal of Communication*, 9(1), 1360-1381.
KALOGEROPOLOUS, Antonis, Richard FLETCHER y Rasmus K. NIELSEN (2019): «News Brand Attribution in Distributed Environments: Do People Know Where They Get Their News?», *News Media Soc.*, 21(3), 583-601.
KARPPINEN, Kari (2013): *Rethinking media pluralism*, New York, Fordham Scholarship Online.
KAYE, David (2019): «A New Constitution for Content Moderation», *OneZero.medium.com,* 26 de junio.
KELLER, Daphne (2019): «Platforms Content Regulation — Some Models and Their Problems», *The Centre for Internet and Society blog*, 6 de mayo.
KING, Ian W. y Annick SHRAMME (eds.) (2019): *Cultural Governance in a Global Context: An International Perspective on Art Organisations,* Londres: Palgrave Macmillan.
KSIAZEK, Thomas B., Su Jung KIM y Edward C. MALTHOUSE (2019): «Television News Repertoires, Exposure Diversity and Voting Behavior in the 2016 U.S. Election», *Journalism & Mass Communication Quarterly*, 96(4), 1120-1144.
LOECHERBACH, Felicia, Judith MOELLER, Damian TRILLING y Wouter van ATTEVELDT (2020): «The Unified Framework of Media diversity: A Systematic Literature Review», *Digital Journalism*, 8(5), 605-642.
MARSDEN, Philip y Rupprecht PODSZUN (2020): *Restoring Balance to Digital Competition — Sensible Rules, Effective Enforcement*, Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung.
MARX FERREE, Myra, William A. GAMSON, Jürgen GERHARDS y Dieter RUCHT (2002): «Four Models of the Public Sphere in Modern Democracies», *Theory and Society,* 31, 289-324.
MASINI, Andrea y Peter VAN AELST (2017): «Actor Diversity and Viewpoint Diversity: Two of a Kind?», *Communications*, 2 de abril.
MCQUAIL, Dennis (1993): *Media Performance: Mass Communication and the Public Interest*, Londres: Sage
MAZZOLI, Eleonora Maria y Damian TAMBINI (2020): «Prioritisation Uncovered. The Discoverability of Public Interest Content Online», Council of Europe study, DGI (2020)19.
MONTI, Giorgio (2020): «Attention Intermediaries: Regulatory Options and their Institutional Implications», TILEC Discussion Paper, DP 2020-018, 2020
MOORE, Martin y Damian TAMBINI (eds.) (2018): *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, Nueva York: Oxford University Press.

NAPOLI, Philip M. (ed.) (2006): *Media Diversity and Localism. Meaning and Metrics,* Londres: Routledge.
– (2011): «Exposure Diversity Reconsidered», *Journal of Information Policy,* 1, 246-259.
NAUGHTON, John (2018): «Platform Power and Responsibility in the Attention Economy», en M. Moore y D. Tambini (eds.), *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, NuevaYork: Oxford University Press.
NOAM, Eli (2019): *Online Video: Content Models, Emerging Market Structure, and Regulatory Policy Solutions, TPRC47: The 47th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy.*
PARISER, Eli (2011): *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding From You*, Londres: Penguin Books.
PARCU, Pier Luigi (2019): «New Digital Threats to Media Pluralism in the Information Age», RSCAS/CMPF Working Paper, RSCA 2019/9.
M. PEARSON, Mark, Jeffrey BRAND *et al.* (2001): *Sources of News sand Current Affairs,* Sidney: Australian Broadcasting Authority.
PODSZUN, Rupprecht (2019): «Digital Ecosystems, Decision-Making, Competition and Consumers—On the Value of Autonomy for Competition», *ssrn.com*.
RAEJIMAEKERS, Danielle y Pieter MAESEELE (2015): «Media Pluralism and Democracy — What's in a Name», *Media, Culture and Society*, 37(7), 1042-1059.
RICCI, Francesco, Lior ROKACH y Bracha SHAPIRA (eds.) (2015): *Recommender Systems Handbook,* Nueva York-Londres: Springer.
SHARDANAND, Uprenda y Pattie MAES (1995): «Social information filtering: Algorithms for automating "Word of mouth"», en *Proceedings of the SIGCHI conference on Human factors in computing systems*, Denver: ACM Press-Addison-Wesley Publishing Co., 1995, 210-217.
SARTOR, Giovanni y Andrea LOREGGIA (2020): «The impact of algorithms for online content filtering or moderation», Estudio solicitado por la Comisión de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, septiembre.
SHAPIRO, Andrew L. (2000): *The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know*, Nueva York: Century Foundation.
SCHARKOW, Michael (2016): «The Accuracy of Self-Reported Internet Use: A Validation Study Using Client Log Data», *Commucation Methods and Measures*, 10, 13-27.
SCHARKOW, Michael, Frank MANGOLD, Sebastian STIER y Johannes BREUERC (2020): «How Social Network Sites and Other Online Intermediaries Increase Exposure to News», *PNAS*, 117(6), 2761-2763.
SØRENSEN, Jannick K. y Jan-Hinrick SCHMIDT (2016): «An algorithmic diversity diet? Questioning assumptions behind a diversity recommendation system for PSM», Working paper, Hans-Bredow-Institute for Media Research, 8.
STASI, Maria Luisa (2019): «Social Media Platforms and Content Exposure: How to Restore Users' Control», *Competition and Regulation of Network Industries*, 20(1), 86-110.
STRÖMBÄCK, Jesper (2005): «In search of a standard: Four models of democracy and their normative implications for journalism», *Journalism Studies*, 6(3), 331-345.
SUNSTEIN, Cass R. (2001): *Republic.com,* Princeton: Princeton University Press.
– (2015): «The Ethics of Nudging» *Yale Journal of Regulation*, 32, 413-450.
The Economist (2029) Editorial, «Tech giants face new threats from the government and regulators», San Francisco y Dallas, 14 de marzo.
TANEJA, Harsh, Angela XIAO WU y Stephanie EDGERLY (2018): «Rethinking the Generational Gap in Online News: An Infrastructural Perspective», *New Media Soc.,* 20, 1792-1812.
TCHÉHOUALI, Destiny (2020): *Analysis of Potential Measures to Support Access and Discoverability of Local and National Content*, documento preparado para el Departamento del Patrimonio Canadiense y la Comisión Canadiense para la Unesco.
THORSON, Kjerstin y Chris WELLS (2015): «Curated Flows: A Framework for Mapping Media Exposure in the Digital Age», *Communication Theory,* 26(3), 309-328.

TUFEKCI, Zeynep (2016): «The Real Bias Built in at Facebook», *New York Times,*19 mayo.
VAN DER POEL, Ibo (2013): «Translating values into design requirements», en D. Mitchfelder, N. McCarty, D. E. Goldberg (eds.), *Philosophy and Engineering: Reflections on Practice, Principles and Process*, Nueva York: Springer, 253-266.
VAN DER WURFT, Richard (2004): «Supplying and Viewing Diversity: The Role of Competition and Viewer Choice in Dutch Broadcasting», *European Journal of Communication,* 19, 215-237.
VALCKE, Peggy (2004): *Digitale Diversitcit. Convergentie van Media — Telecomm en Mededingingsrecht,* Bruselas: Larcier.
VESTAGER, Margrethe (2018): «When Technology Serves People», *World Commerce Review*, 1 de junio.
VLASSIS, Antonios (2020): *Diversity of Content in the Digital Age — Towards Guiding Principles*, documento preparado para el Departamento del Patrimonio Canadiense y la Comisión Canadiense para la Unesco.
VOSOUGHI, Soroush, Deb ROY y Sinan ARAL (2018): «The Spread of True and False News Online», *Science,* 359(6380), 1146-1151.
WEBSTER, James G. (2007): «Diversity of Exposure», en P. Napoli (ed.), *Media Diversity and Localism: Meaning and Metrics,* London, 309-326.
WOLFRAM, Stephen (2019): «Optimizing for Engagement: Understanding the Use of Persuasive Technology on Internet Platforms», Testimony before U.S. Senate Subcommittee on Communications, Technology, Innovation, and the Internet, 25 de junio.
WU, Tim (2017): «Blind Spot: The Attention Economy and the Law», *Antitrust Law Journal*, 82, LJ 771.
ZUCKERBERG, Mark (2018): «A Blueprint for Content Governance and Enforcement», Business & Human Rights Resource Centre, 16 de noviembre.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación 22 de marzo de 2022.

¿EL ESTADO COMO GARANTE DE LA OBJETIVIDAD PERIODÍSTICA? INFORMACIÓN Y OPINIONES ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CASO *ATV ZRT C. HUNGRÍA*)

THE STATE AS THE GUARANTOR OF JOURNALISTIC OBJECTIVITY? INFORMATION AND OPINIONS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (CASE ATV ZRT VS. HUNGARY)

Paulo Pinto de Albuquerque

Catedrático de Derecho penal
Universidade Católica Portuguesa de Lisboa
Exmagistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Jacobo Dopico Gómez-Aller

Catedrático de Derecho penal
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La separación entre información y opinión es uno de los principios deontológicos clásicos del periodismo. Su objetivo es evitar la desinformación, permitiendo a los destinatarios distinguir con claridad entre la información factual —respecto de la que existe una expectativa de veracidad— y las tomas de posición políticas, morales, etc. del periodista. Pero ¿cabe convertir ese principio en un deber jurídico? ¿Puede un Estado exigir responsabilidad a los periodistas o a los medios por su incumplimiento? En su Sentencia de 28.4.2020 (caso *ATV Zrt c. Hungría*, demanda n.º 61178/14), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debió afrontar esta delicada cuestión. Aunque la sentencia desaprovechó en cierta medida la ocasión para tomar posición clara al respecto, un voto particular fijó de un modo más conciso el campo del debate y las vías para su tratamiento. El hecho de que el Estado dicte cómo deben comunicarse las noticias, incluso con las mejores intenciones, genera un elevadísimo riesgo para las libertades comunicativas. Por ello, el voto particular apunta a la necesidad de acudir a instrumentos autorregulatorios y corregulatorios, y no a reglas de derecho imperativo.

PALABRAS CLAVE

Libertad de información, libertades comunicativas, distinción entre hechos y opiniones, desinformación, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The separation between information and opinion is one of the classic ethical principles of journalism. Its aim is to avoid misinformation by allowing recipients to distinguish clearly between factual information —for which there is an expectation of truthfulness— and the journalist's political or moral positions. But can this principle be converted into a legal duty, and can a state hold journalists or the media liable for non-compliance? In its judgment of 28.4.2020 (case *ATV Zrt c. Hungary*, application no. 61178/14), the European Court of Human Rights had to address this delicate question. Although the judgment somewhat missed the opportunity to take a clear position on the issue, a concurring opinion set out more concisely the scope of the debate and the ways in which it could be dealt with. The fact that a State could dictate how news should be communicated, even with the best of intentions, would create a very high risk for communicative freedoms. For this reason, the concurring opinion points to the need for self-regulatory and co-regulatory instruments rather than mandatory rules.

KEY WORDS

Freedom of information, communicative freedoms, distinction between facts and opinions, disinformation, European Court of Human Rights.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.042

¿EL ESTADO COMO GARANTE DE LA OBJETIVIDAD PERIODÍSTICA? INFORMACIÓN Y OPINIONES ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CASO *ATV Zrt C. HUNGRÍA*)

Paulo Pinto de Albuquerque
Catedrático de Derecho penal
Universidade Católica Portuguesa de Lisboa
Exmagistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático de Derecho penal
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Prólogo: la distinción entre información y opinión en la era de las *fake news*. 2. ¿Obligaciones jurídico-públicas de no mezclar información y opinión? La STEDH *ATV Zrt c. Hungría*. 2.1. Hechos relevantes. 2.2. Opinión del Tribunal. 3. Un voto particular: la necesidad de releer a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos las normas legales sobre *imparcialidad periodística*, *cobertura equilibrada* y *segregación de hechos y opiniones*. 3.1. Escenario normativo internacional y nacional. 3.2. ¿Qué dice el Convenio Europeo de

Derechos Humanos? Callan las reglas, hablan los principios. 3.3. Aplicación al caso *ATV Zrt c. Hungría*. 3.4. Una alternativa de modelo normativo compatible con el Convenio: autorregulación, corregulación, Derecho indicativo. 4. Coda: la nueva frontera. La lucha contra las estrategias de desinformación en redes sociales. Notas. Bibliografía.

1. PRÓLOGO: LA DISTINCIÓN ENTRE INFORMACIÓN Y OPINIÓN EN LA ERA DE LAS *FAKE NEWS*

El futuro nos ha alcanzado una vez más. El periodismo *online* suministra a velocidades de vértigo grandes cúmulos de datos, aunque quizá no necesariamente un mayor caudal de información periodística. Son tiempos marcados por la *viralidad*, la circulación desbocada de noticias convertidas en *tweets* y, con frecuencia, desvinculadas del medio del que surgen (¿un periódico tradicional? ¿Un «mentidero confidencial»? ¿Una web activista? ¿Un blog donde se ejerce el así llamado *periodismo ciudadano* o *participativo*?[1]). Tiempos en los que nuevos temores relacionados con los contenidos periodísticos alcanzan niveles de auténtica distopía futurista: por ejemplo, la preocupación nacional e internacional por las *fake news* y por las posibles injerencias propagandísticas de potencias extranjeras en los procesos electorales nacionales[2]. En este escenario, surgen dudas sobre la vigencia de las reglas que hasta ahora creíamos que regían en el periodismo.

Una de esas viejas reglas es la *diferenciación entre información y opinión*. Como señala el Código Europeo de Deontología del Periodismo,

> «El principio básico de toda consideración ética del periodismo debe partir de la clara diferenciación, evitando toda confusión, entre noticias y opiniones. Las noticias son informaciones de hechos y datos, y las opiniones expresan pensamientos, ideas, creencias o juicios de valor por parte de los medios de comunicación, editores o periodistas»[3].

Esta regla está orientada a que el receptor de la noticia pueda distinguir cuándo está ante la comunicación de los hechos noticiosos y cuándo ante la opinión del periodista o de la empresa titular del periódico o la emisora. De acuerdo con este criterio deontológico seminal, ni el periodista ni el medio que le da empleo deben presentar como *hechos* lo que no son sino opiniones[4]. En los debates públicos y en materias políticamente relevantes, se trata de una regla esencial para que la libertad de prensa pueda funcionar como pilar y presupuesto de una democracia.

Por supuesto, no se trata de que la opinión, el juicio de valor o el comentario interpretativo sean *dañosos*: por el contrario, la libertad de comunicación de información abarca tanto la transmisión de *información* como la expresión de *opiniones*. No obstante, estos últimos son contenidos netamente diversos de los factuales. La clave aquí estriba en la transparencia y calidad de la transmisión de información, puesto que una comunicación que pretenda hacer pasar *visiones subjetivas* por *hechos* puede llevar a engaño a los destinatarios de la información. Asimismo, los estándares de libertad de prensa que manejamos en relación con la *información* y la *opinión* son distintos. Lógicamente, las exigencias relacio-

nadas con la veracidad, la contrastación, etc. rigen respecto de la *información*[5], que busca ofrecer un reflejo de lo acaecido en la realidad, pero no respecto de la opinión o los juicios de valor[6] («los hechos son sagrados, las opiniones son libres»).

Así pues, la segregación entre información y opinión sirve a una finalidad principal: garantizar la información y evitar la desinformación. Ese es el motivo por el que los libros de estilo de los medios más importantes y los códigos éticos o deontológicos profesionales recogen con invariable constancia esta regla fundacional del periodismo[7].

Cuando determinada pauta de conducta adopta la forma de una regla es porque tenemos experiencia histórica de su incumplimiento y deseamos evitarlo mediante la construcción de un patrón de conducta vinculante. Y es que desde siempre hemos conocido actuaciones periodísticas que no respetan este estándar y que disfrazan de información lo que son valoraciones (particularmente, valoraciones sobre las posiciones políticas contrarias a su línea editorial): *nihil novum sub sole*. Hoy esta mala *praxis*, en su vertiente sensacionalista, se usa para conseguir titulares «cebo» capaces de recibir más *clicks* de los lectores[8].

En el debate cívico, este hecho ha motivado que se planteen iniciativas encaminadas a *reforzar la regla deontológica de mantener separadas la comunicación de informaciones y la de legítimas valoraciones políticas* a los efectos de poder identificarlas y que el medio de comunicación no haga pasar unas por otras en términos tales que dañen la calidad de la información.

En ocasiones, esas pretensiones han buscado *traspasar* el plano de lo deontológico mediante la creación de *normas jurídicas de Derecho público con distintos grados de coercibilidad* que fuercen a los medios a realizar esa separación. Y este es un terreno enormemente complejo y pantanoso.

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que entre otros extremos regula la libertad de comunicación de *informaciones* y de *ideas,* contiene un delicado —y poco perfilado— sistema de regla y excepción en relación con las posibles injerencias de los poderes públicos[9]:

> Artículo 10. Libertad de expresión.
>
> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
>
> 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El primer numeral del precepto prohíbe la *injerencia* de las autoridades públicas en la libertad de comunicación de informaciones e ideas, mientras que el segundo autoriza excepcionalmente que su ejercicio sea sometido a *condiciones, restricciones y sanciones* (injerencias) para la protección de un rango de objetos e intereses tan variados que abarcan desde la seguridad nacional hasta la *moral*. Se trata de una combinación de regla (clara) y excepción (indeterminada) que sitúa al supremo intérprete del Convenio ante una situación nada sencilla[10], y que le ha llevado a desarrollar una extensa doctrina sobre las condiciones bajo las cuales el hecho de que un Estado signatario introduzca limitaciones, condiciones, etc. al ejercicio de estas libertades comunicativas es compatible con el Convenio.

2. ¿OBLIGACIONES JURÍDICO-PÚBLICAS DE NO MEZCLAR INFORMACIÓN Y OPINIÓN? LA STEDH *ATV ZRT C. HUNGRÍA*

Pues bien: uno de los casos más recientes, que tal vez hasta ahora ha sido objeto de una atención insuficiente, es el que conoció el TEDH en su reciente sentencia de 28 de abril de 2020 (caso *ATV Zrt c. Hungría*, demanda n.º 61178/14), en el que el TEDH debió analizar la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de una serie de actuaciones de los poderes públicos de Hungría basadas en una normativa estatal que obligaba a los medios de comunicación a establecer una segregación entre información sobre hechos y expresiones de juicios de valor, identificando, además, al autor material del que emanase el juicio de valor. A este caso dedicaremos las próximas páginas.

2.1. HECHOS RELEVANTES

En el caso que da lugar a la demanda, las autoridades húngaras declararon ilícito determinado uso de expresiones supuestamente *valorativas* a la hora de emitir información en un noticiero televisivo. En apretado resumen, los hechos que nos interesan a efectos de esta exposición pueden relatarse como sigue:

i) En 2012, *Jobbik* era un partido político húngaro autodefinido como «[…] partido cristiano de principios, conservador y radicalmente patriótico» cuyo «propósito fundamental» era la protección de «los valores e intereses húngaros». La palabra *Jobbik* es un juego de palabras en húngaro que significa a la vez «mejor opción» y «más a la derecha».

ii) A finales de 2012 un parlamentario de *Jobbik* declaró lo siguiente en el Pleno: «Es hora […] de que procedamos a evaluar cuántas personas de origen judío, especialmente miembros del Parlamento y del Gobierno, hay que supongan un riesgo para la seguridad nacional».

iii) En señal de protesta contra estas declaraciones, se organizó una «Manifestación masiva contra el nazismo».

iv) En un informativo de la emisora privada de televisión ATV Zrt, un locutor dio noticia de esa manifestación con las siguientes palabras: «El domingo va a materializarse una alianza sin precedentes contra las tendenciosas observaciones de la **extrema derecha parlamentaria**».

v) A petición de *Jobbik*, la Autoridad Nacional de Información y Medios de Comunicación abrió un expediente declarando que ATV Zrt había violado los incisos 3 y 4 del art. 12 de la Ley de Medios, y prohibió que el locutor repitiese estas manifestaciones **en el noticiero** televisivo, ya que la expresión «extrema derecha parlamentaria» constituía una **opinión, juicio de valor o explicación valorativa**.

vi) El tenor literal de los incisos 2 a 4 del art. 12 de la Ley de Medios húngara es el siguiente:

> «[…] (2) Con arreglo a la naturaleza de los programas, se velará por emitir la información de una manera equilibrada, ya sea dentro del programa determinado o en el ámbito de una serie de programas de emisión regular.
>
> (3) Salvo en lo que se refiere a ofrecer información de contexto sobre la noticia en cuestión, los empleados del prestador de servicios de comunicación que aparezcan con regularidad en los programas y que transmitan noticias e información política, como los locutores, los presentadores o los corresponsales, no podrán añadir ninguna opinión ni explicación valorativa a la noticia política objeto del programa emitido por cualquier prestador de servicios de comunicación.
>
> (4) Cualquier opinión o explicación valorativa añadidas a la noticia emitida en un programa se realizarán de una manera en que queden claramente disociadas de la noticia en sí, indicando su naturaleza como tal e identificando a su autor».

vii) A partir de este momento, se sucedieron los recursos de ATV Zrt ante autoridades administrativas y judiciales, impugnaciones en las que la emisora aducía diversos argumentos: entre ellos, que el término «extrema derecha» no era una explicación valorativa, sino que tenía una base fáctica o científica en las ciencias sociales.

a) La segunda instancia administrativa confirmó la resolución, aduciendo que el hecho de que una opinión estuviese muy extendida (incluso entre científicos sociales) **no la convertía en un hecho**.

b) La primera instancia de revisión jurisdiccional anuló la decisión administrativa argumentando, entre otras cosas, que el propio partido se definía en su documento fundacional como radicalmente derechista; y que las calificaciones *derecha* e *izquierda*, así como sus graduaciones —moderada, extrema— son **usos aceptados en las esferas pública y científica para identificar ideas**.

c) La segunda instancia jurisdiccional (Tribunal Supremo o *Kúria*) anuló la anterior sentencia y confirmó la resolución del Consejo de Medios con condena en costas a ATV Zrt, retomando la idea de que «extrema derecha» es una **opinión** o explicación valorativa (que, además, genera efectos negativos para el partido *Jobbik*), por lo que **no puede ser incluida en la transmisión de una información fáctica**.

d) ATV Zrt recurrió ante el Tribunal Constitucional reiterando los argumentos anteriormente expuestos y aportando otros ejemplos de noticias admitidas pese al uso de elementos *prima facie* valorativos (partido «verde», demócratas «cristianos»), etc.

El Tribunal Constitucional confirmó nuevamente la condena a ATV Zrt por entender que el locutor de la emisora privada había **deslizado una opinión** o una explicación valorativa **en la noticia política** que están transmitiendo **sin disociarla previamente de ella y sin identificar quién era su autor**. Ello podría generar dudas en el televidente sobre la autoría de la opinión «deslizada» —del locutor, de la emisora, etc.—. Asimismo, el Tribunal Constitucional desestimó los argumentos del uso de determinadas expresiones en ciencias sociales; de la autodefinición del partido como «más a la derecha», etc. Por lo demás, dado que no existía un consenso social pleno sobre esta opinión (*i.e.*, que *Jobbik* fuese un partido de extrema derecha), adujo que debía haberse segregado la opinión de la información y haberse asociado a su autor o autora. Podría haberse citado como *hecho* si hubiesen citado las expresiones usadas por los convocantes, pero no fue el caso: «El empleo recurrente de un adjetivo […] por parte de un presentador podría vulnerar la prohibición de expresar una opinión, puesto que dicho uso puede minar la credibilidad y la objetividad».

2.2. OPINIÓN DEL TRIBUNAL

El TEDH aplicó al caso su habitual *test tripartito* para determinar si la injerencia en la libertad de expresión o información cumplía con los requisitos de 1. previsión legal, 2. justificación como modo de perseguir algún objetivo del art. 10.2 del Convenio y 3. estricta necesidad en una sociedad democrática.

Sin embargo, su abordaje del caso fue algo confuso ya que, pese a admitir la concurrencia del segundo requisito (y reconocer, por tanto, que sí se buscaba proteger uno de los objetivos del art. 10.2 CEDH a través de la «protección de los derechos ajenos», en los que incluía el «[…] *derecho de la audiencia a una cobertura equilibrada e imparcial de los asuntos de interés público en los telediarios*»), llevó a cabo, sin embargo, un tratamiento *conjunto* de los requisitos 1 y 3.

En efecto: según pacífica jurisprudencia del TEDH, uno de los elementos clave para determinar si existe una *disposición legal* que dé cobertura a la limitación de la libertad de expresión es que esa limitación pueda ser *prevista* por el destinatario. De acuerdo con la opinión de la mayoría en la sentencia que nos ocupa, esta cuestión «[…] está estrechamente ligada al aspecto de si en una sociedad democrática era necesario prohibir el término "extrema derecha" en un telediario en las circunstancias del presente asunto». Por ello, el eje argumental de la sentencia se desplazó a la *necesidad de tal restricción para una sociedad democrática*, criterio en su virtud del cual el TEDH determinaría en este concreto caso si tal restricción era previsible o no.

La sentencia de la mayoría entendió que habría competido a los órganos jurisdiccionales la formulación de una interpretación de las obligaciones relacionadas con juicios de

valor (segregación y atribución de autoría) suficientemente concreta como para limitarse únicamente a evitar el riesgo de distorsión informativa que las legitimaba. El Tribunal constató, no obstante, que la acción de los tribunales fue errática y los argumentos empleados a lo largo del procedimiento fueron de lo más variado. La primera instancia consideró que se trataba de *hechos,* dando valor a la autodefinición de *Jobbik* como partido derechista radical y a la existencia de debate en política y ciencias sociales. En contraste, la *Kúria* atribuyó mayor peso a una ulterior declaración de *Jobbik* donde se desvinculaba de esa calificación. El Tribunal Constitucional consideró que una opinión solo estaba incluida en el marco de los hechos si en la sociedad era aceptada más allá de toda duda; sin embargo, según el TEDH, este último tribunal no justificó por qué esto llegaba a «[…] trastocar la presentación ecuánime de una cuestión de interés público».

Finalmente, el TEDH considera plenamente pertinente el hecho de que las declaraciones que desencadenaron la manifestación fuesen una expresión de antisemitismo a la hora de usar la calificación «extrema derecha».

Todo ello llevó al TEDH a concluir que para ATZ Zrt fue *imprevisible* que su uso del término «extrema derecha» fuese calificada de opinión y objeto de prohibición si no se acompañaba de las obligaciones de segregación y atribución de autoría; y, asimismo, que se trató de una injerencia *no necesaria en una sociedad democrática*.

3. UN VOTO PARTICULAR: LA NECESIDAD DE RELEER A LA LUZ DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS LAS NORMAS LEGALES SOBRE *IMPARCIALIDAD PERIODÍSTICA, COBERTURA EQUILIBRADA Y SEGREGACIÓN DE HECHOS Y OPINIONES*

Un voto particular concurrente en el fondo, aunque no en los argumentos empleados[11], se lamenta de que el Tribunal no aprovechase la ocasión para fijar una toma de posición específica sobre el núcleo del caso: el tratamiento de la cuestión de la *separación entre hechos y opiniones* a la luz del Convenio. Dado que se trata de una prescripción recogida en textos internacionales y en normas de otros Estados signatarios, el Tribunal debía proporcionar una orientación conforme al Convenio para interpretarla en un sentido respetuoso con la libertad de información. Por ello, el voto particular intenta colmar mediante una documentada exposición ese vacío doctrinal[12].

3.1. ESCENARIO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL

El voto comienza con un repaso a diversos textos internacionales y normas nacionales que, en aras de la protección de una información veraz y plural, hacen referencia a la segregación entre la información factual y las opiniones o explicaciones valorativas:

i) En el ámbito internacional de los derechos humanos existe la conciencia de una *obligación positiva de los Estados* de garantizar la pluralidad y la diversidad de los medios de comunicación en términos tales que permitan el debate político y promuevan un entorno de comunicaciones libre, independiente y plural[13]: este *cuidado del ecosistema comunicativo* es una condición necesaria para el desarrollo de una democracia parlamentaria y, más específicamente, para combatir la desinformación maliciosa.

ii) Descendiendo al nivel de la *separación entre hechos y opiniones*, el voto cita la Recomendación 1003 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre ética periodística, que subraya como pilar deontológico la *nítida distinción entre noticias y opiniones* de modo tal que sea *imposible confundirlas*, así como una Declaración de Principios de la Federación Internacional de Periodistas, ratificada por el relator especial para la Libertad de Opinión y de Expresión ONU y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que se pronuncia en términos similares.

iii) Pero en el plano de la *normativa legal estatal* son varios los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyos ordenamientos contienen *deberes u obligaciones legales* a este respecto.

- Entre ellos cabe destacar el Reino Unido, cuya legislación establece ciertas *normas de asepsia* que obligan a los servicios de televisión a abstenerse de emitir *puntos de vista u opiniones de quien presta el servicio* en la medida en que se refieran a «cuestiones de controversia política o industrial» o a «la política pública actual»[14].
- También las legislaciones alemana y eslovaca contienen normas similares al art. 12 de la Ley de Medios húngara (así, el Convenio alemán Interestatal sobre Radiodifusión y Medios Televisivos, en su versión de 2019, establece la obligación de separar *información* y *comentarios*, y de identificar al autor de los últimos; por su parte, la legislación eslovaca de 2000 contiene prescripciones análogas).
- El voto particular, no obstante, hace hincapié en que, como señaló la Comisión de Venecia en la opinión que emitió sobre el caso húngaro, estas prescripciones no pueden ser analizadas de modo homogéneo, pues tanto su *funcionalidad* como las respuestas legales que cada ordenamiento prevé para el supuesto de su eventual infracción son muy diversas en los distintos Estados. En el caso de Hungría, la situación hegemónica de la coalición dirigente y la estructura y concentración de su ecosistema de medios dotaba a la situación de un cariz particularmente grave que se concretó precisamente en actuaciones como las que dieron lugar al caso *ATC Zrt. c. Hungría*. Estos actos fueron objeto de numerosas críticas y advertencias sobre sus riesgos por parte de organizaciones internacionales (ONU, Consejo de Europa, OSCE y diversas instancias de la Unión Europea como la Comisión o el Parlamento Europeo, que en varias resoluciones ha instado a adoptar acciones legislativas que reduzcan los riesgos de su comisión).

3.2. ¿QUÉ DICE EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS? CALLAN LAS REGLAS, HABLAN LOS PRINCIPIOS

El voto comienza señalando que el CEDH no contiene una regla específicamente aplicable al caso, lo cual sin duda dificulta el abordaje de la cuestión. Ciertamente, ha habido resoluciones relacionadas con cuestiones colindantes, pero para encarar la cuestión concreta (la validez, el alcance y la coercibilidad del deber jurídico de generar y difundir *noticias fácticas* y opiniones o expresiones valorativas) solo se abre un camino: acudir al *corpus* de *principios* que emanan de la jurisprudencia del TEDH relativa a las libertades comunicativas.

El primero de los principios que subraya el voto es un principio *protector*: el artículo 10 del Convenio *presta la máxima protección* a la comunicación de noticias políticas o de interés público[15]; y ello conduce a dos conjuntos de *obligaciones* del Estado:

i) Las de carácter negativo, que obligan a *no interferir* con la propuesta y debate de programas políticos[16]; y

ii) Las de carácter *positivo*, entre ellas la obligación de garantizar el pluralismo político mediante un marco legislativo y administrativo adecuado[17] (por ejemplo, limitando las distorsiones de grupos financieros que tuviesen un acceso ventajoso a medios influyentes); el deber de garantizar que los periodistas no se vean coartados en la comunicación de información y comentarios, etc.[18].

Es aquí donde surge uno de los puntos clave del voto: en virtud de las obligaciones negativas o de no interferencia, «[…] la técnica de comunicación [que] debe ser adoptada por los periodistas» *no puede ser objeto de imposición por parte de las autoridades nacionales ni, por supuesto, por el propio Tribunal*[19], ya que aquellos deben gozar de autonomía a la hora de comunicar información (máxime sobre cuestiones de interés público)[20]. Y pese a que el tratamiento diferenciado de hechos y opiniones es una regla esencial para la existencia de un periodismo capaz de servir a un sistema democrático, bajo el espíritu del Convenio los poderes públicos están sujetos a limitaciones que les impiden imponer a los medios de comunicación medidas coercitivas para su consecución.

El voto también habla de las obligaciones y responsabilidades *de los propios periodistas*, relacionadas con los estándares deontológicos de la libertad de prensa[21], estándares que tienen que ver con muy diversos aspectos (garantía de una información fiable y precisa, protección de derechos ajenos, etc.), pero señala otro problema adicional respecto a la coercibilidad de este tipo de obligaciones: si esta coercibilidad provocase un *retraso en su publicación*, ello determinaría la frustración de la libertad de prensa[22], dado el carácter perecedero de la información (especialmente, en las noticias de última hora… ámbito temporal que en el caso del periodismo *online* se extiende a pasos agigantados).

3.3. APLICACIÓN AL CASO *ATV ZRT C. HUNGRÍA*

Tras esta primera aproximación a los principios del Convenio, el voto particular pasa a confrontarlos con el caso objeto de la resolución. Los tres puntos clave de este contraste son los siguientes:

i) La *dificultad* para distinguir entre hechos y opiniones —la Ley de Medios húngara no establecía pautas para llevar a cabo esta distinción—, una dificultad que plantea el riesgo de concebir la categoría «opinión» en términos expansivos[23/24].

ii) El *enorme margen de acción* que la Ley de Medios húngara atribuía a los poderes públicos para forzar la segregación entre ambos tipos de enunciados. En efecto, el art. 186 de la Ley de Medios otorgaba a los poderes públicos el acceso a una extensa y poco perfilada panoplia de medios coercitivos, que llegaban incluso a la *prohibición* la reiteración de la conducta y a la imposición de *sanciones*.

iii) Y el *peligroso margen de selección* que la norma húngara reconocía a los poderes públicos. Como señalara la Comisión de Venecia, en lugar de prever que las autoridades húngaras llevaran a cabo una *valoración global* de la información difundida sobre determinada materia, la Ley de Medios permitía a las autoridades húngaras *escoger y segmentar «retazos de información»* y proyectar sobre ellos sus resoluciones.

La combinación de estos tres factores suponía una potencial situación de peligro no menor para la libertad de comunicación de información. De nuevo en palabras de la Comisión de Venecia, todo ello podía convertirse en una herramienta para la supresión de la libertad de palabra y generar un *orwelliano* «[…] riesgo de que el Estado actúe como un *Ministerio de la Verdad*, dictando cómo deben presentar las noticias los medios de comunicación».

Por lo demás, el voto disidente es crítico con el enfoque metodológico de la decisión de la mayoría sobre la falta de concreción legal. Para la mayoría de los magistrados, lo relevante en este punto no era la indefinición legal, sino más bien la cuestión de si *en el caso concreto* la emisora podría haber previsto que se le iba a reprochar el uso de un juicio de valor. No obstante, el voto entiende que esta distinción es artificiosa: si en el caso concreto pudo preverse o no esta reacción de las autoridades no es sino una consecuencia de la claridad o la falta de claridad de la ley. De hecho, el voto de la mayoría termina siendo en cierto modo contradictorio, pues finalmente, y no podía ser de otro modo, acaba por deducir la imprevisibilidad *in concreto* de la falta de concreción legal *in abstracto*. Parte de la doctrina se ha mostrado coincidente con la crítica del voto particular: no es la primera vez que se reprocha al Tribunal una falta de contundencia porque *elude* el cuestionamiento de legislaciones que pueden ser, en sí mismas —y no solo en casos concretos de aplicación—, contrarias al Convenio[25].

3.4. UNA ALTERNATIVA DE MODELO NORMATIVO COMPATIBLE CON EL CONVENIO: AUTORREGULACIÓN, CORREGULACIÓN, DERECHO INDICATIVO

Todo esto lleva al voto particular a un punto complejo: si, en efecto, hay una regla periodística relativa a la separación entre hechos y opiniones que es útil y necesaria para una democracia, ¿cómo puede ser mantenida sin que suponga una injerencia estatal peligrosa para las libertades comunicativas?

El punto de partida es sintetizado con una afirmación apodíctica: «El Estado no debe dictar cómo se comunican las noticias, aunque lo haga con las mejores intenciones». Como siempre ocurre en la formulación de las garantías, en este aserto se perciben los ecos de la experiencia histórica de abusos por parte del poder público y la voluntad de prevenir que reproduzcan[26]. Y esta voluntad aboca necesariamente a soluciones ubicadas en el campo *autorregulatorio* o *corregulatorio,* en especial si se considera el delicado del equilibrio requerido por el ecosistema periodístico (cuyas reglas *deontológicas* o internas sobre la labor periodística despliegan, a la vez, importantísimos efectos sobre la calidad de una democracia), y su vulnerabilidad a las interferencias políticas de los poderes públicos precisamente en la labor en la que los medios que deben cumplir un papel vital de *public watchdogs*[27] ante la acción de dichos poderes.

En ese sentido, el voto particular se alinea con la posición de numerosas instituciones —entre ellas, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el relator especial de Naciones Unidas para la libertad de opinión y expresión y diversos organismos regionales— que han apoyado la idea de incentivar órganos de autorregulación y actuaciones corregulatorias desarrolladas conjuntamente por los poderes públicos y los organismos de la sociedad civil que abarcan desde los *códigos de conducta* hasta la institucionalización de órganos mixtos integrados por periodistas, lectores, editores, académicos y juristas.

Esta posición aparece en primer lugar como una ineludible *solución por exclusión*, pues las regulaciones estatales coercibles resultan descartadas, dado que implican amenazas difícilmente controlables para la libertad de comunicación de información. Pero también, en parte, se presenta como *solución virtuosa* que ha de emanar de los propios medios de comunicación, que son quienes han ido elaborando a lo largo de décadas lo que hoy consideramos estándares de buenas prácticas a este respecto.

No obstante, ubicar la solución en el *Derecho indicativo* y no en obligaciones jurídico-públicas coercibles es tan solo el primer paso: nos habla del *género*, pero no de la *especie* de la intervención.

La idea de una autorregulación pura de los medios de comunicación ha tenido que hacer frente desde siempre a la existencia de diversas lagunas: algunas de ellas son clásicas y obedecen a viejas dinámicas ya conocidas que pueden lastrar los objetivos perseguidos (corporativismo, comunidades de intereses entre medios y grupos políticos, etc.); otras lagunas, más modernas, derivan de los cambios experimentados por el *ecosistema periodístico* en los últimos años. Esto significa que las propuestas de autorregulación pura son más prometedoras en los *medios clásicos* (y más aún cuando constituyen conjuntos limitados de medios: el ejemplo paradigmático es, hoy, el de las televisiones), pero lo son menos en las formas más modernas de periodismo[28] y, sobre todo, en los nuevos escenarios configurados por las tecnologías más punteras de la comunicación[29].

La existencia de instituciones de la sociedad civil efectivas, respetadas y potentes que puedan operar como instancias de autorregulación del periodismo periodísticas son, con frecuencia, un lujo de las sociedades desarrolladas. En los Estados con ecosistemas periodísticos más equilibrados pueden ser desarrolladas de modo más eficaz: sus directrices y

consejos tendrán una mayor *auctoritas* y sus críticas un mayor efecto disuasorio. Sin embargo, en aquellos Estados donde, por ejemplo, la polarización política no deliberativa[30] haya alcanzado a los medios periodísticos de referencia, el logro de este objetivo resultará más complejo. Es en estos últimos contextos donde las delicadas labores incentivadoras tienen una tarea más compleja por delante y donde las instituciones regionales pueden con frecuencia despertar menos susceptibilidades que las autoridades nacionales, siempre más próximas a los conflictos de intereses con los medios de comunicación.

En todo caso, por complejo y delicado que sea abrir la puerta a una intervención estatal no *coercitiva*, sino *promotora* en relación con la separación entre opiniones y hechos en la prensa, el camino de los *incentivos a la autorregulación* y la vía de la *corregulación* aparecen no solo como opciones posibilistas, sino también como las únicas opciones.

4. CODA: LA NUEVA FRONTERA. LA LUCHA CONTRA LAS ESTRATEGIAS DE DESINFORMACIÓN EN REDES SOCIALES

Hasta aquí hemos hecho referencia a las expectativas de que en los medios de comunicación *clásicos* se mantenga la separación entre opiniones y hechos, así como a la posición ampliamente mayoritaria en las distintas instancias internacionales (y plasmada en el voto particular de la STEDH *ATV Zrt c. Hungría*) que se opone a una intervención estatal coercitiva y que abona las vías autorregulatoria y corregulatoria.

Para cerrar estas páginas, proponemos lanzar una mirada a un ámbito distinto pero conexo: el de la lucha contra las estrategias de desinformación en las redes sociales. En este campo han tenido lugar una serie de propuestas provenientes de las instancias internacionales —y, específicamente, europeas— que **también tienen que ver con la regulación de ámbitos donde se comunican opiniones e informaciones**.

Se trata de la preocupación por las campañas de desinformación o desestabilización difundidas a través de redes sociales desde *bot farms* o *troll factories*[31], actuaciones que ha llevado a instituciones como la Unión Europea a desarrollar una serie de estrategias preventivas y reactivas. Los principales factores que han determinado el impulso de estas estrategias son los siguientes:

i) Por una parte, la preocupación por las injerencias propagandísticas maliciosas en los procesos electorales internos por parte de potencias extranjeras, así como otros intentos de desestabilización[32].

ii) Por otra, la amenaza a la salud pública que supusieron las desinformaciones y la intoxicación informativa relativas a la pandemia de la COVID-19 («infodemia»)33.

Ambos fenómenos han suministrado una gran carga de *legitimación y urgencia* a este conjunto de iniciativas, que cobraron cuerpo en el «Plan de acción contra la desinformación de 2018»[34] y, posteriormente, en otra serie de instrumentos; en breve, seguirán siendo

desarrolladas en la futura Ley de servicios digitales[35]. Precisamente por esta *sobrelegitimación*, este tipo de medidas deben ser objeto de una supervisión particularmente cuidadosa.

La mayoría de los textos europeos sobre la materia parten expresamente del mismo principio que desarrolla el voto particular de la STEDH *ATV Zrt c. Hungría*: un enfoque que priorice la ***autorregulación*** *y la* ***corregulación*** frente a las soluciones estatales prohibitivas. Así, el Plan de Acción se basa en los siguientes «cuatro pilares»[36]:

i) Mejora de la capacidad de las instituciones de la Unión para detectar, analizar y exponer la desinformación.

ii) Refuerzo de las respuestas coordinadas y conjuntas a la desinformación.

iii) Movilización del sector privado para combatir la desinformación.

iv) Aumento de la sensibilización y la capacidad de respuesta de la sociedad[37].

Así, también el Informe del Grupo Independiente de Expertos de alto nivel sobre *fake news* y desinformación apunta a la evitación de la intervención imperativa de administraciones y gobiernos[38]. Con base en un enfoque autorregulatorio, el Informe presta especial atención a la protección del ecosistema periodístico europeo, y a su diversidad y sostenibilidad, por entender que un periodismo profesional robusto es el mejor valladar para la protección frente a las campañas desinformativas; y propone la creación de una coalición que represente a las organizaciones de medios de comunicación, a las plataformas *online* y las organizaciones de la sociedad civil con experiencia en el *fact-checking* o contrastación de hechos, es decir, una alianza que involucre a todas las partes interesadas de los sectores pertinentes durante el proceso. En esa misma línea, implica a esta coalición en la elaboración del Código de Buenas Prácticas[39] que garantice la transparencia de las fuentes. La promoción de plataformas de *fact-checking* se ha revelado como una práctica virtuosa que ha incidido positivamente y de modo rapidísimo en el ecosistema periodístico.

No obstante, hay algunos aspectos de esta estrategia que requieren particular atención y seguimiento. Las iniciativas dirigidas al etiquetado e identificación de *seguidores falsos*, usuarios automatizados procedentes de granjas de *bots* o *trolls*, etc. nos hablan de un interés público en la lucha contra la difusión y amplificación de «[…] contenidos polémicos y debates en las redes sociales»[40]. Asimismo, se exige a los signatarios del Código de Buenas Prácticas en materia de desinformación pautas de colaboración como, por ejemplo, «[…] **detectar los ordenadores *bots* y etiquetarlos en consecuencia**»[41]. Por más que no puedan confundirse los ámbitos de las redes sociales y de los medios de comunicación, debe notarse que el enfoque de estas directrices no se limita a combatir la difusión de *hechos falsos* sino de ***divisive contents and debates***: algo que, como señala el propio Grupo de Expertos de alto nivel sobre *fake news* y desinformación, *no es una conducta ilegal* y que afecta de modo especial a la comunicación de **opiniones**.

Por otra parte, el Pilar 3 del Plan de Acción incluye actuaciones como «[…] señalar las campañas de desinformación» (es decir, obligar a las redes a que adopten un papel *no neutral* ante ciertos contenidos) o «cerrar cuentas falsas» (*i.e.*, la interrupción de una actuación

expresiva: este tipo de actuación excede el mero ámbito indicativo para adentrarse en el coactivo, y por ello ha suscitado preocupación).

Desde la perspectiva contraria, determinadas voces han señalado que un enfoque basado en el puro autorregulacionismo para limitar y evitar la desinformación en las redes sociales se ha demostrado inútil[42].

Como puede verse, esta disyuntiva nos sitúa en un terreno repleto de matices en el que la intervención es sumamente compleja y no está exenta de numerosos problemas.

Por otra parte, el hecho de que estas intervenciones no sean ejecutadas directamente por los poderes públicos, sino *recomendadas* o *encomendadas* a las plataformas de redes sociales no elimina los riesgos que pueden provenir del uso de normas imperativas. La simple privatización de la intervención en las esferas comunicativas no la hace inocua ni elimina la necesidad de un conjunto extremadamente delicado de cautelas: por el contrario, puede enmascarar formas de injerencia estatal que excedan el ámbito de lo admisible conforme al art. 10 CEDH.

Todo lo expuesto parece esbozar un futuro inmediato en el que, como se ha dicho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deberá decidir si las concepciones desarrolladas en las últimas décadas pueden extenderse al ámbito de las campañas desinformativas en redes sociales o si es necesario adaptar su doctrina para apreciar las diferencias específicas de estos fenómenos.

NOTAS

1. Haciendo referencia a la esencial función de la prensa como control y vigilante del poder político (*public watchdog*), el TEDH ha declarado en reiteradas ocasiones que «[…] la función de los *bloggers* y de los usuarios populares de los medios de comunicación social puede asimilarse también a la de *public watchdogs* en lo que se refiere a la protección otorgada por el artículo 10» (SSTEDH Magyar *Helsinki Bizottság c. Hungría*, demanda n.º 18030/11, 8.11.2016, par. 168; *Falzon c. Malta*, demanda n.º 45791/13, 20.3.2018, par. 57; *Rebechenko c. Rusia*, demanda n.º 10257/17, 16.4.2019, par. 21). Sardo (2020: 447) entiende que no debe exagerarse el alcance de esta *ampliación* a los *bloggers* del estatus legal asociado a los periodistas.

2. Añádase aquí la experiencia del *microtargeting* en la manipulación de la información política: una información política que *no aparece en el ágora pública de discusión*, sino que es elaborada y enviada específicamente a sujetos seleccionados por sus preferencias expresadas *online*, y que es de este modo sustraída al debate y contrastación pública. Por todos, *vid*., recientemente, González de la Garza (2018: 284 ss.; y 2020: 440 ss.).

3. Código Europeo de Deontología del Periodismo, adoptado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en Estrasburgo el 1 de julio de 1993, punto. 3.

4. Quien ejerce el periodismo «[…] se asegurará de distinguir claramente la información de la opinión»: Federación Internacional de Periodistas, Carta Mundial de Ética para Periodistas, 2. Disponible en: <https://www.ifj.org/es/quien/reglas-y-politica/carta-mundial-de-etica-para-periodistas.html>.

5. Bustos Gisbert ([3]2014: 475).

6. «Esta mezcla de descripción de hechos y opiniones, que ordinariamente se produce en las informaciones, determina que *la veracidad despliegue sus efectos legitimadores en relación con los hechos, pero no respecto de las opiniones que los acompañen o valoraciones que de los mismos se hagan, puesto que las opiniones, creencias personales o juicios de valor no son susceptibles de verificación» (*STC 172/1990).

7. *Vid.* únicamente los textos normativos citados en Herrera Damas y Maciá Barber (2010: 16); así como las referencias contenidas en Ortega (2017: cap. 3).

8. Por cierto: nunca se destacará suficientemente cómo los factores que afectan al modelo de negocio tienen una repercusión importantísima en el rol constitucional de la libertad de prensa. En este punto, las críticas *técnicas* a los sistemas de medición de la audiencia de la prensa en línea (tan influyentes a la hora de atraer y mantener la *publicidad* de la que se nutren los medios) y las propuestas de modificación en este punto pueden tener un importante efecto sobre el *clickbait* y la viralidad más ciega. Al respecto, *vid.,* por ejemplo, Castillo (2021), quien destaca la necesaria existencia de medidores «no hackeables».

9. A los derechos para los que el CEDH contempla una cláusula que habilita la *interferencia estatal* para proteger los derechos de otros o el interés público se los suele denominar en inglés *qualified rights* (frente a los *unqualified*, en los que no se admite una ponderación del mismo tipo: ECHR, *Toolkit: Some Definitions*. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/definitions>. Sobre las cláusulas de restricción de los arts. 8 a 11 CEDH, *vid.* Redondo Saceda (2021: 469 ss.). Sobre la restricción del art. 10.2, *vid.*, específicamente, Bustos Gisbert ([3]2014: 494 ss.).

10. Bustos Gisbert ([3]2014: 475).

11. Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-202391>.

12. A esa «oportunidad perdida» hace referencia también el título del comentario de De Puy Kamp (2020). Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2020/05/15/atv-zrt-v-hungary-a-missed-opportunity-to-address-hungarys-oppressive-media-act/>. De Puy Kamp coincide con la idea expresada en el voto particular según la cual el TEDH debería haber sentado doctrina sobre esta materia. Comparte esta crítica Zeller (2021).

13. El voto disidente cita aquí numerosos textos: entre ellos la Resolución 2066 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2015) sobre responsabilidad y ética de los medios de comunicación en un entorno cambiante, de 24 de junio de 2015; y la Declaración conjunta sobre la independencia y la diversidad de los medios de comunicación en la era digital del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas, el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la libertad de los medios de comunicación, el relator especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la libertad de expresión y el relator especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) para la libertad de expresión y acceso a la información, de 2 de mayo de 2018.

14. Artículo 320, apartados 1 y 2, de la Ley británica de Comunicaciones de 2003 («Requisitos especiales de imparcialidad»). Estos preceptos han sido transpuestos en el Código de Radiodifusión de la Oficina de Comunicaciones del Reino Unido, órgano que a lo largo de los años ha ido concretando su punto de vista mediante una serie de decisiones, con las cuales ha elaborado asimismo una Nota Orientativa.

15. STEDH *Kurski c. Polonia*, demanda n.º 26115/10, 5.7.2016, pfos. 52 y 53.

16. STEDH *Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia*, demanda n.º 38433/09, 7.6.2012, pfos. 129 y 134.

17. STEDH *Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia*, par. 134.

18. STEDH *Manole et al. c. Moldavia*, demanda n.º 13936/02, 17.9.2009, ap. 100.

19. STEDH *Jersild c. Dinamarca*, demanda n.º 15890/89, 23.09.1994, par. 31.

20. STEDH *Orlovskaya Iskra c. Rusia*, n.º 42911/08, 21.02.2017, pars. 109, 129, 130 y 134

21. STEDH *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia,* n.º 40454/07*, 1011.2015,* par. 131,

22. SSTEDH *Sunday Times c. el Reino Unido (n.º 2)*, 26.11.1991, demanda n.º 13166/87, par. 51; y *Observer y Guardian c. Reino Unido*, demanda n.º 13585/88, 26.11.1991, par. 60.

23. El voto toma en consideración la variedad de interpretaciones de las autoridades húngaras (administrativas y judiciales), tanto en el sentido de sus decisiones como en los muy diversos argumentos aducidos. ¿Es «extrema derecha» una «explicación valorativa» que debe ser «segregada y atribuida a su autor», o es un concepto de las ciencias sociales? ¿Debería ser «segregada y atribuida a su autor» si fuese *plenamente compartida* por la sociedad? ¿Cuán extendida debe estar para considerarse *plenamente compartida* por la sociedad? ¿Qué relevancia tiene a estos efectos la autocalificación que hiciera el propio partido *Jobbik* en sus documentos fundacionales o en la elección de su denominación —recordemos: un juego de palabras que significa, entre otras cosas, «más a la derecha»— (o eventuales cambios de posición del partido a este respecto)?

24. En este mismo sentido, y en relación con el alcance del derecho de rectificación, el Tribunal Supremo español ha reflexionado sobre la extrema complejidad que supone una delimitación *quirúrgica* de información y opinión; máxime en el contexto de una intervención de los poderes públicos que pueda limitar derechos fundamentales: «No siempre es fácil separar la opinión de la información cuando se enjuicia un texto escrito o una intervención oral desde la perspectiva de una posible intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor, así tampoco cabe trazar, en un escrito de rectificación, **una frontera entre hechos y opiniones tan rígida que excluya la procedencia de la rectificación o convierta su control jurídico por el juez en una especie de censura en extremo minuciosa cuyo resultado sea la eliminación de determinados párrafos, frases o palabras**, pues esto comportaría el riesgo de desfigurar el texto de rectificación o romper su línea expositiva y dificultar su comprensión hasta hacerlo irreconocible» (SSTS 376/2017, de 14 de junio; y 570/2017, de 20 de octubre). Negrita nuestra.

25. De Puy Kamp (2020); y Demir-Gürsel (2021: 130).

26. En sentido similar*, vid.* Rikhter (2021), que en el párrafo 7 del texto señala: «Historically, international debate has proven that the remedy for disinformation is not to be provided by governments, while there is a need to enable the media to strive for fair reporting and the public — to appreciate media efforts to meet higher standards […] While no "ministries of truth" should be established to verify accuracy, current and past debates point to the duty of everyone, including public authorities, to facilitate dissemination of truthful information».

27. SSTEDH *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega*, demanda n.º 21980/93, 20.5.1999, pars. 59 y 62; *Pedersen y Baadsgaard c. Dinamarca*, demanda n.º 49017/99, 17.12.2004, pars. 71; *Von Hannover c. Alemania* (n.º 2), demandas n.º 40660/08 y n.º 60641/08, 7.2.2012, par. 102.

28. En este sentido, es revelador el siguiente dato del estudio de campo de Herrera Damas y Maciá Barber (2010: 196): el 80 % de los periodistas al servicio de *agencias de noticias* rechazan como incorrecta

la mezcla entre información y opinión, mientras que **el *70 %* de los que trabajan en medios *digitales* la justifica**.

29. Entiende que la vía autorregulatoria es poco útil a la hora de lucha contra las *fake news* difundidas en las redes sociales Shattock (2021). A ese respecto, *vid.* el epígrafe siguiente.

30. Emplea el término «non-deliberative polarization» Sardo (2020: 457).

31. «Una serie de agentes nacionales y de otros países utilizan campañas masivas de desinformación en línea para sembrar la desconfianza y crear tensiones sociales, lo que puede tener consecuencias graves para nuestra seguridad. Además, las campañas de desinformación emprendidas por terceros países pueden formar parte de amenazas híbridas para la seguridad interna, incluidos los procesos electorales, en especial si se combinan con ciberataques» («La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo»: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM(2018) 236 final, punto. 1. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0236&from=IT>.

32. El arranque de esta política europea puede fecharse en 2015, con la creación del EU East StratCom Task Force (Grupo de Trabajo sobre Comunicación Estratégica del Este) como respuesta a las «actuales campañas de desinformación de Rusia» (Conclusiones de la Reunión del Consejo Europeo, 19 y 20 de marzo de 2015, punto 13. [Consulta: 07/10/2021.]; otro hito fue la creación del Grupo de Expertos de alto nivel sobre *fake news* y desinformación o HLEG (creado por la Comisión Europea en enero de 2018). Más recientemente, a finales de 2020, la Comisión Europea promovió un «Plan de Acción para la Democracia Europea» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 3.12.2020, COM(2020) 790 final). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0790&from=ES>..

33. «La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos», Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 10.6.2020, JOIN(2020) 8 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020JC0008&from=ES>.

34. Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones, 5.12.2018 JOIN(2018) 36 final. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15431-2018-INIT/es/pdf>..

35. «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE», Bruselas, 15.12.2020, COM(2020) 825 final, 2020/0361(COD). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=ES>.

36. Comunicación conjunta… cit. *supra* n. 34., pto. 3

37. Otro de los ejes del Plan de Acción es la separación entre la libre comunicación de *información* y la libre comunicación de *opiniones* (pues los regímenes jurídicos que amparan una y otra tienen características diversas). En este sentido, la lucha contra las campañas de *desinformación* no puede dirigirse contra expresiones de *opinión*, sino contra la difusión organizada de *información verificablemente engañosa.* Del mismo modo, la declaración «Tackling Online disinformation» define la *disinformation* como «[…] *información verificablemente falsa o engañosa* que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público». La simple misinformation sería aquella en la que no hay una intención de engañar o dañar, sino más bien un error

o confusión del comunicador. Cfr. «Shaping Europe's digital future: Tackling Online Disinformation». Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation>.

38. Independent High-Level Group on Fake News and Online Disinformation, «A multi-dimensional approach to disinformation Report», 2018.

39. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>. También el Código de Buenas Prácticas propone priorizar y dar más visibilidad a la información fiable en los motores de búsqueda o en cualesquiera canales de distribución clasificados de forma automática (Objetivos vii y ix).

40. Comunicación conjunta… cit. *supra* n.34, punto. 2, p. 4.

41. *Ibídem*: pto. 3, pp. 9-10

42. Shattock (2021).

BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS GISBERT, Rafael ([3]2014): «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», en J. García Roca y P. Santolaya (dirs.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 529-564.

CASTILLO, Carlos del (2021): «De Comscore a GFK. Un nuevo medidor de audiencias digitales para ir más allá de acumular visitas», *Cuadernos de Periodistas*, 27 de octubre [en línea] <https://www.cuadernosdeperiodistas.com/un-nuevo-medidor-de-audiencias-digitales-para-ir-mas-alla-de-acumular-visitas/>.

DEMIR-GÜRSEL, Esra (2021): «For the sake of unity: the drafting story of the European Convention of Human Rights and its current relevance», en H.P. Aust y E. Demir-Gürsel (eds.), *The European Court of Human Rights. Current Challenges in Historical Perspective,* Cheltenham: Elgaronline, 109-132.

DE PUY KAMP, Nina (2020): «*ATV Zrt v. Hungary:* A Missed Opportunity To Address Hungary's Oppressive Media Act», *Strasbourg Observers*, 15 de mayo [en línea] <https://strasbourgobservers.com/2020/05/15/atv-zrt-v-hungary-a-missed-opportunity-to-address-hungarys-oppressive-media-act/>.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, Luis Miguel (2018): «La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el microtargeting y el Big Data», *Revista de Derecho Político*, 103, 257-302.

HERRERA DAMAS, Susana y Carlos MACIÁ BARBER (2010): «Periodistas y ciudadanía ante la mixtura de información y opinión en los mensajes periodísticos. Investigación de campo en la Comunidad de Madrid (2007-2009)», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 16, 185-208.

– (2020): «Nuevos instrumentos de diseño de campañas electorales virtuales electrónicas», en AAVV, *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española, v. III: Instituciones políticas y Democracia*, Madrid: BOE-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 431-446.

ORTEGA, David (2017): *Retos de la libertad de información*, Madrid: Dyckinson.

RIKHTER, Andrey (2021): «International law and policy on disinformation in the context of freedom of the media» (Brief Paper for the Expert Meeting organized by the Office of the OSCE Representative on Freedom of the Media on 14 May).

REDONDO SACEDA, Lara (2001): «Las cláusulas de restricción en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y realidad constitucional*, 47, 469-492.

SARDO, Alessio (2020): «Categories, Balancing, and Fake News: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 33(2), 435-460.

SHATTOCK, Ethan (2021): «Self-regulation 2:0? A critical reflection of the European fight against disinformation», *Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Review* [en línea] <https://misinfore-

view.hks.harvard.edu/article/self-regulation-20-a-critical-reflection-of-the-european-fight-against-disinformation/>.
ZELLER, Franz (2020): «Entscheidübersicht Verfassungsrecht und EMRK: Medienrelevante Rechtsprechung 2019», *Medialex* 10/3, diciembre [en línea] <https://medialex.ch/2020/12/03/auf-bekannten-pfaden-auf-neuland-und-auf-irrwegen/>.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y *SEXUAL SPEECH*[*]

FREEDOM OF EXPRESSION AND SEXUAL SPEECH

Ana Valero Heredia

Profesora titular de Derecho constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Desde finales del siglo XX, y especialmente en lo que llevamos de este, se ha planteado un intenso debate jurídico acerca de si existe un derecho a acceder a la pornografía y sobre si los materiales pornográficos son suficientemente «dañinos» como para justificar su regulación legal. En su forma predominante, el porno refuerza la desigualdad y el sometimiento de las mujeres, toda vez que promueve y legitima las aproximaciones machistas al sexo. Ahora bien, su prohibición simple y llana provocaría una espiral de censuras y cancelaciones que difícilmente podría soportar una sociedad democrática. Quienes desean luchar contra aquellos efectos perversos, no deberían confiar en la magia de la prohibición, sino centrarse en perfilar los límites, ya ensayados en el campo de la crítica política o la sátira. Cualquier otra vía crearía la ilusión de un consenso falso —el que se genera en el silencio de la censura—, lo que, como ya advirtiera John Milton, no ha conducido nunca a la verdad.

PALABRAS CLAVE

Discurso sexual, libertad de expresión, pornografía, censura. derechos de las mujeres, protección de la juventud y de la infancia.

ABSTRACT

Since the end of the 20th century, but especially so far into the 21th, there has been an intense legal debate about whether there is a right to access pornography, and whether pornographic materials are «harmful» enough to justify their legal regulation. In its current predominant form, porn reinforces inequality and the subjection of women, since it promotes and legitimizes sexist approaches to sex. But its simple and straightforward prohibition would introduce us into a spiral of censorship and cancellation that a democratic society could hardly bear. Those who wish to fight against these evil effects should not rely on the magic of prohibition, but instead focus on shaping the limits, already tried in the field of political criticism or satire. Any other way would create the illusion of a false consensus, which is generated in the silence of censorship, which, as John Milton has already warned, has never led to the truth.

KEY WORDS

Sexual speech Freedom of expression, pornography, censorship, women rights, protection of youth and childhood.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.043

[*] Artículo publicado en el marco de la Ayuda I+D+i (PID2019-107025RB-I00) «Ciudadanía sexuada e identidades no binarias: de la no discriminación a la integración ciudadana» (Binasex), financiada por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y *SEXUAL SPEECH*

Ana Valero Heredia
Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Introducción: el discurso sexual sigue siendo incómodo. 2. La obscenidad, una categoría constitucional baldía. 3. Pornografía y daño a las mujeres. 4. Pornografía y daño a la juventud y a la infancia. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: EL DISCURSO SEXUAL SIGUE SIENDO INCÓMODO

Dentro del apartado «Contenido inaceptable» de las normas comunitarias de Facebook puede leerse la siguiente frase: «Limitamos la exhibición de desnudos o actividad sexual para proteger a determinadas personas de nuestra comunidad que muestren una especial sensibilidad ante este tipo de contenido». Por su parte, las reglas de Instagram contienen este pasaje: «Somos conscientes de que quizá algunas personas quieran compartir imágenes de desnudos de carácter artístico o creativo; sin embargo, por diversos motivos, no permitimos que se publiquen desnudos en Instagram. […]. Todos y cada uno de nosotros somos una parte importante de la comunidad de Instagram. Si ves algo que consideras que infringe nuestras normas, comunícanoslo utilizando nuestra opción de denuncia integrada».

Recientemente, Instagram eliminó de su red el cartel promocional del último filme del director manchego Pedro Almodóvar, *Madres paralelas*, presidido por la fotografía de un pezón lactante. Este no es sino el más reciente de los numerosos casos en los que el criterio ciego de un algoritmo veta cualquier imagen de la desnudez. Ante las reacciones en contra, la red social decidió hacer una excepción por el «claro contexto artístico del afiche». En 2011, Facebook cerró la cuenta de un usuario por compartir el cuadro *El Origen del Mundo,* de Gustav Courbet, de 1866, una maravillosa obra de arte que cualquiera puede admirar en el Museo d'Orsay de París, y que fue catalogada por la red social como pornográfica. En aquella ocasión, Facebook no hizo excepciones, y tuvieron que pasar siete años

hasta que la batalla judicial se resolvió a favor del titular de la cuenta, un anónimo y osado profesor francés.

En 2016 la misma red social retiró la publicación por parte de uno de sus usuarios de una fotografía de *La Sirenita*, escultura ubicada a la orilla del mar Báltico desde 1913, que es el emblema de la ciudad de Copenhague. En aquella ocasión, la red social alegó que la figura muestra demasiada piel desnuda y que tiene connotaciones sexuales evidentes. En 2017 hizo lo propio con un vídeo didáctico y promocional de la Fundación L'Hermitage de Lausana (Suiza) en el que aparecía la pintura *Desnudo acostado*, del pintor italiano Amedeo Modigliani. Y en 2018 censuró, por considerarla pornográfica, la imagen de *La Venus de Willendorf*, una escultura paleolítica de una divinidad propiciatoria de la fecundidad datada entre el 28.000 y el 25.000 a. C. que forma parte de la colección del Museo de Historia Natural de Viena.

Vivimos tiempos de cancelación del arte y del pensamiento, así como de revisión descontextualizada de la vida y obra de sus autores. Quince años después de que la revista norteamericana *Time* dedicase su portada a homenajear a todos los usuarios de Internet como artífices fundamentales de la «nueva democracia digital», las redes sociales han dejado de ser meros entes privados de interacción para convertirse en auténticas corporaciones que actúan en régimen de cuasi monopolio en la formación de la opinión pública. Y en su seno han cobrado protagonismo nuevas formas de «virtuosismo moral», a veces encubiertas de feminismo, que actúan con la misma fuerza represiva de la expresión sexual con la que lo hicieron históricamente las autoridades analógicas.

Cuando hablo de *sexual speech* hago referencia a todo tipo de representación o discurso sexualmente explícito, incluido el pornográfico, que se define por su carácter irracional o instintivo. Desde mi punto de vista, este carácter no justifica su exclusión del ámbito de protección de las libertades expresivas y comunicativas. En el presente artículo llevaré a cabo un somero repaso de los argumentos empleados para tratar de limitar el discurso sexual, y explicaré mi posición sobre cuáles de ellos son armonizables con la efectiva protección de tales libertades y cuáles no[1].

2. LA OBSCENIDAD, UNA CATEGORÍA CONSTITUCIONAL BALDÍA

La acepción moderna de pornografía surge en la era victoriana del siglo XIX para definir toda expresión sexual contraria al estricto código moral hegemónico de la época. Su prohibición y persecución vino de la mano de la creación de la categoría jurídica de «obscenidad» en la mayor parte de los países europeos y en Estados Unidos. La palabra «obsceno» tiene su raíz etimológica en el término latino *ob scena*, que significa «fuera de escena» y que en el ámbito jurídico es utilizada para categorizar aquello que tiende a corromper la moral pública por su indecencia. La obscenidad es, por tanto, la categoría jurídica empleada para sacar de la escena pública ese «frenesí de lo visible» que Linda Williams, crítica audiovisual, propone como la pulsión que lleva al nacimiento de la pornografía (Williams, [2]1999).

«I know when I see it», fueron las palabras que el juez del Tribunal Supremo Potter Steward plasmó en la famosa sentencia de 1964 recaída en el caso *Jacobellis vs. Ohio*[2], en el que se dirimía el derecho de las autoridades federales a prohibir la difusión de la película *Les Amants,* de Louis Malle, en salas comerciales, sentencia que sentaría las bases de la doctrina jurisprudencial anglosajona en estos asuntos. Pues bien, durante el visionado de la película objeto de enjuiciamiento por obscenidad, el juez gritó en la sala de proyecciones de la propia Corte: «[…] eso es, eso. No sabría definir la pornografía, pero la reconozco cuando la veo» (Stone, 2019: 140). La anécdota evidencia la debilidad de cualquier intento de categorizar lo obsceno: si tenemos en cuenta que lo que en un momento dado o en una sociedad concreta ha sido definido como tal deja de serlo más adelante —o no es considerado obsceno en otra cultura—, llegamos a la conclusión de que el afán de definir la categoría jurídica de la obscenidad no es más que un intento infructuoso por parte del Derecho de «petrificar» lo líquido.

D. H. Lawrence pronunció las siguientes palabras durante el juicio por pornografía al que fue sometido por la publicación de su obra *Lady Chatterley* en 1960:

> «Las palabras que al principio escandalizan tanto ya no escandalizan en absoluto al cabo del tiempo […] Hoy hemos […] evolucionado y nos hemos cultivado hasta superar con mucho los tabúes que son inherentes a nuestra cultura […] El poder evocador de las llamadas palabras obscenas debía de ser muy peligroso para los caracteres cortos de alcances y violentos de la Edad Media, y quizá sigan siendo demasiado fuertes para los caracteres inferiores, poco despiertos y semievolucionados de la actualidad […] Sin embargo, la cultura y la civilización nos ha enseñado que el acto no es necesariamente consecuencia del pensamiento» (Lawrence, 1930: 9).

La primera ley sobre el tema fue la Obscene Publications Act inglesa de 1857, texto que no ofrecía una definición concreta de obscenidad ni especificaba los requisitos que debía reunir determinado material para ser considerado obsceno. Por ello, la conceptualización de la obscenidad quedó desde un primer momento en manos de los tribunales. En 1868, la Court of the Queen's Bench estableció el *test* que sería aplicado en todo el mundo de habla inglesa hasta la segunda mitad del siglo XX. En el conocido caso *Regina vs. Hicklin*, la corte inglesa prescribió que quedaba prohibido todo material tendente a «[…] depravar y corromper a aquellos cuyas mentes están abiertas a influencias inmorales con independencia de su mérito artístico o literario»[3].

El llamado *Hicklin test* fue empleado para prohibir tanto las publicaciones científicas sobre anticoncepción y sexualidad humana como las obras literarias de muchos de los grandes escritores de los siglos XIX y XX, entre ellos Gustave Flaubert, Émile Zola, Guy de Maupassant o James Joyce. El criterio interpretativo del *Hicklin test* fue aplicado en Gran Bretaña hasta 1959, año en que fue modificada la Obscene Publications Act para excluir de la censura las obras obscenas «[…] de interés para la ciencia, la literatura, el arte o el aprendizaje en general».

Al final de la Primera Guerra Mundial, muchos escritores y editores de habla inglesa que huían del régimen de censura victoriano extendido por todo el Imperio británico y por los Estados Unidos, se refugiaron en París, dado que la Tercera República había establecido amplias protecciones para la *liberté de presse*. Las editoriales parisinas no solo producían

pornografía en serie, sino que también editaron muchas de las obras más importantes de la literatura modernista obscena en lengua inglesa. Tras la publicación de la novela *Nana*, de Émile Zola, y el surgimiento de un género de periódicos baratos y obscenos en 1880, la prensa francesa popularizó y redefinió la palabra pornografía para designar las publicaciones sexualmente explícitas (Raisa, 2020: 260 y 287)[4].

En Estados Unidos, país donde la categoría constitucional de obscenidad ha sido objeto de un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal, el Tribunal Supremo ha tratado de establecer los límites de la regulación estatal de los materiales sexualmente explícitos a través de una jurisprudencia tan fluctuante e incierta que, en palabras del juez Harlan, se trata de un «[…] asunto que ha producido una variedad de puntos de vista entre los miembros de la Corte que no tiene igual en ninguna otra área del juicio constitucional»[5].

El punto de partida lo encontramos en el caso *Chaplinski vs. New Hampshire*[6], de 1942, en el que el Tribunal Supremo norteamericano instituyó la doctrina según la cual la obra obscena no se hallaba protegida por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana por su «escaso valor social y comunicativo», circunstancia que, a juicio de la Corte, justificaba la prevalencia del interés estatal de proteger la moralidad y el orden públicos. Posteriormente, en el caso *Roth vs. United States*, de 1956[7], el juez Brennan añadió otro de los rasgos de la definición jurídica de lo obsceno, calificándolo como aquel tipo de expresión tendente a excitar los pensamientos lujuriosos o los intereses lascivos de su receptor («prurient interest»), lo que hacía que no pudiera tener, al mismo tiempo, ningún tipo de valor digno de ser protegido por la Primera Enmienda. Finalmente, en el caso *Manual Enterprises vs. Day*, de 1962[8], el Tribunal Supremo sostuvo que la «ofensa patente» y la «apelación al interés lascivo» eran dos requisitos necesarios para que los materiales en cuestión fueran considerados obscenos.

Sin embargo, en la línea de la modificación de la ley inglesa del año 59, la sentencia del caso *Roth* introdujo un criterio adicional con el fin de salvar de la prohibición aquellas obras que tuvieran «importancia social» («reediming social importance»). En este sentido, determinó que «[…] la representación del sexo, por ejemplo, en el arte, en la literatura o en las obras científicas populares, no constituye en sí misma razón suficiente para negar al material sexualmente explícito la protección constitucional de la libertad de expresión y de prensa».

La laxitud de los criterios establecidos en *Roth* terminó convirtiendo a la Corte Suprema estadounidense en una especie de «comisión» dedicada a revisar los libros y las películas que juzgaba según estándares muy subjetivos y variables[9], pues se había empeñado en «definir lo indefinible»[10]. Sumidos en lo que el juez John Marshall Harlan llamó «el problema intratable de la obscenidad»[11], los nueve jueces supremos presentaron cincuenta y cinco votos particulares en trece sentencias dictadas entre 1957 y 1967. Así, desde *Roth* hasta principios de los años setenta, los pronunciamientos sobre obscenidad se convirtieron en decisiones *per curiam* que, en la mayor parte de los casos, anulaban las condenas de tribunales inferiores, pero que no ofrecían ningún *test* estable que limitara la arbitrariedad decisoria.

El nombre de uno de los casos sobre la materia, *Redrup vs. New York*, de 1967[12], inspiró la expresión *redrupping*, que empezó a ser utilizada para referirse al rol censor del Tribunal Supremo cuando juzgaba subjetivamente cada material del que conocía. En palabras del Juez Werhan, ese proceder era «la antítesis de un juicio constitucional guiado por principios» (2004: 101). La incapacidad de la Corte para articular una definición clara de la obscenidad la condujo a un periodo de caos y confusión que comenzó a desbloquearse con la sustitución en la presidencia de la Corte del juez Warren por el juez Burger, y la acusada alteración que experimentó su composición a raíz del nombramiento de cuatro jueces conservadores por parte del presidente Nixon[13].

El nuevo presidente de la Corte despreciaba abiertamente los materiales obscenos, a los que en una ocasión definió como «[…] la inmundicia de las calles que debe limpiarse y depositarse en basureros». El cambio jurisprudencial no se hizo de esperar y vino de la mano de dos casos históricos: *Miller vs. California*[14], y *Paris Adult Theatre I vs. Slaton*[15], ambos de 1973.

En el primero, la Corte confirmó la condena del señor Miller por enviar folletos patrocinando la venta de material para adultos, y estableció la que todavía hoy constituye la doctrina vigente en materia de obscenidad conocida como el *Miller test*, de acuerdo con el cual la expresión explícitamente sexual sería considerada obscena en atención a tres requisitos: «*i*)Si una persona promedio, aplicando los estándares comunitarios contemporáneos, puede considerar que la obra, en su conjunto, atrae el interés lascivo; *ii*) si la obra representa o describe, de manera patentemente ofensiva, una conducta explícitamente sexual; y *iii*) si la obra, considerada en su conjunto, carece de un valor literario, artístico, político o científico serio[16]» —eliminándose, de este modo, el requisito previo de la ausencia *total* de valor social establecido en el caso *Roth*—.

Años más tarde, en el caso *Pope vs. Illinois*, de 1987[17], la Corte alteró levemente el tercer requisito del *Miller test* al señalar que el valor literario, artístico, político o científico de una obra debía ser juzgado según los *estándares de una persona razonable* y no según los estándares de la comunidad local en cuestión. Esta modificación, sin embargo, carece de relevancia, en la medida en que, como admitió el propio estado de Illinois en el procedimiento ante la Corte, la opinión de una persona razonable necesariamente va a estar condicionada, en la mayor parte de los casos, por lo que piensan la mayoría de los miembros de su comunidad (Tehranian, 2016: 10).

En sentido similar, en Reino Unido, la Obscene Publications Act de 1959 (OPA)[18] establecía, en su Sección 1 (1), que una obra o material serían considerados legalmente obscenos cuando tuvieran tendencia a «depravar y corromper» moralmente a una proporción significativa de su audiencia, al menos la mitad —caso *Last Exit to Brooklyn,* de 1969[19]—, atendiéndose a los destinatarios naturales de la obra y a su susceptibilidad de ser depravados y corrompidos por ella, lo que atiende a su potencialidad para conseguirlo —caso *R. vs. Clayton & Hcdsey*, de 1972[20]—.

Ahora bien, de forma similar al *Miller test* norteamericano, la sección 4 (1) de la OPA dispone que los materiales que cumplan dichos requisitos —y que, por tanto, sean obsce-

nos— pueden escapar de la responsabilidad penal si son de interés público por ser relevantes para la ciencia, la literatura, el arte o el saber, o para otros asuntos de interés general. Para determinar si este es el caso, debe atenderse al estándar aceptado por la gente decente común. Con semejante doctrina sobre la obscenidad, Estados Unidos e Inglaterra parecían retrotraerse nuevamente al espíritu victoriano.

Burger, presidente del Tribunal Supremo norteamericano, confiaba en que *Miller* revirtiese la proliferación de materiales sexualmente explícitos en la sociedad, pero esto no sucedió. La revolución sexual de los años sesenta y setenta, el advenimiento del VHS y el DVD, así como la televisión por cable y el incipiente Internet motivaron que la ley fuese incapaz de restringir la expresión sexual y evidenciaron la inoperancia de la «obscenidad» como categoría jurídico-constitucional.

A diferencia de la incitación a la violencia o la difamación intencionada —categorías de expresión excluidas del ámbito de protección de la Primera Enmienda constitucional norteamericana por el daño que producen a terceros—, la obscenidad es excluida por el mero hecho de que supone un asalto a los sentidos del espectador, incitándole a pensamientos sexuales impuros, o porque ofende sus creencias. En los juicios sobre obscenidad, el carácter ofensivo del mensaje sustituye, pues, al «principio del daño», que, como es sabido, constituye el principio básico de la tradición jurisprudencial anglosajona en materia de libertad de expresión. Así, en el caso *Paris Adult Theatre vs. Slaton* de 1973[21], el juez Burger señaló que, si bien no hay pruebas concluyentes de la conexión entre la pornografía y el comportamiento antisocial, el material obsceno no está amparado por la Primera Enmienda, consideración que ya había vertido en el caso *Mishkin vs. U.S.* de 1966[22] al sostener que la pornografía dura que es ofensiva para la comunidad se encuentra fuera del área del discurso protegido constitucionalmente.

La obscenidad, por tanto, no es concebida para proteger contra una expresión que produzca un daño real y concreto en el destinatario, sino que se construye como categoría jurídica a partir de la presunción de la existencia de un mal intrínseco en el mensaje sexual. Así, una expresión puede ser obscena incluso si no incita a una conducta ilícita.

La apelación de la Corte *Miller* a la capacidad de ofender a una «[…] persona promedio aplicando los estándares comunitarios contemporáneos» para determinar cuándo el discurso sexual debe ser limitado es un criterio que se halla presente también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha apelado a conceptos tan indeterminados como «moralidad pública» o «buenas costumbres».

Ya en el caso *Handyside c. the United Kingdom*, de 1976[23], en el que se enjuiciaba el secuestro de un libro estudiantil que había sido calificado como obsceno en aplicación de la citada Obscene Publications Act, el Tribunal Europeo afirmó que «[…] la ley de cada país es el "corpus" social más apto para definir los límites aceptables por la moral de una sociedad que vive en un momento y en un territorio concreto». En este caso, la Corte de Estrasburgo inició una práctica constante en su escasa doctrina sobre obscenidad: el socorrido recurso a la doctrina del «margen de apreciación» de los Estados cuando de cuestiones de moralidad se trata y la consiguiente tesis según la cual, debido a la concepción evolutiva

de la moral en Europa, las autoridades estatales se hallan en una mejor posición que el juez internacional para decidir sobre estos asuntos, criterio que, en la práctica, habilita a los Estados para limitar la expresión sexual a fin de proteger la moral social imperante.

Años más tarde, en el caso *Müller and Others c. Switzerland*, de 1988, el TEDH tuvo que pronunciarse sobre la confiscación de tres obras de una exposición artística y la multa impuesta a diez artistas participantes en la muestra por cargos de obscenidad. En la sentencia, declaró que, habiendo inspeccionado las pinturas originales, no encontraba irrazonable la opinión adoptada por los tribunales suizos de que estas, con su énfasis en algunas de las formas más crudas de la sexualidad, fueran susceptibles de «[…] ofender gravemente la decencia sexual de las personas de sensibilidad ordinaria», y que, dado el margen de apreciación del que gozan los Estados para evaluar lo obsceno en función de *local standards*, la libertad de expresión de los demandantes podía ser limitada para proteger la moral.

El juez Spielmann formuló una importante opinión disidente respecto al fallo de esta sentencia en la que comparó el relativismo y la vaguedad de los juicios sobre el arte sexual con las persecuciones que en el siglo XIX habían sufrido libros tan importantes como *Madame Bovary*, de Flaubert, y *Les Fleurs du Mal*, de Baudelaire. En este sentido, Spielmann sostuvo que tanto las multas como la confiscación de las obras de arte vulneraban el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —que protege la libertad de expresión—, dada la relatividad de la noción de obscenidad, y la dudosa justificación de la «necesidad» de la medida confiscatoria por parte de las autoridades suizas. Adicionalmente, apeló a la urgencia de imponer límites al margen de apreciación de los Estados para evitar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos quedase desprovisto de fuerza jurídica.

En el caso *Wingrove c. United Kingdom*, de 1995, el Tribunal de Estrasburgo volvió a remitir a las autoridades nacionales la capacidad para determinar el alcance del concepto jurídico de moralidad con respecto a las obras artísticas que representan actos sexuales. El demandante impugnó la denegación de un certificado que le permitiese la exhibición pública y difusión de *Visiones del éxtasis*, un cortometraje que presentaba la experiencia mística de Teresa de Ávila en términos de arrobo erótico-carnal con Jesús crucificado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteró, una vez más, su doctrina, según la cual los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para regular la libertad de expresión en el ámbito de la moral porque, en virtud de su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, están en una mejor posición que los jueces internacionales para dictaminar sobre el potencial ofensivo de la obra.

Volviendo a los Estados Unidos, en el caso *Barnes vs. Glen Theatre, Inc.,* de 1991[24], el Tribunal Supremo norteamericano declaró acorde a la Primera Enmienda constitucional una ley del estado de Indiana que prohibía el nudismo completo en establecimientos abiertos al público, requiriendo que los bailarines del llamado *nude dance* portasen tanga —*G-string*—. La importancia de esta sentencia radica, por un lado, en que en ella la Corte reconoce que la danza es comunicativa —y, por tanto, *expresión*— y, por otro, que, a pesar de ello, dicha actividad expresiva puede ser restringida proteger el orden social y la moralidad.

En palabras de Post, «[…] la censura de la obscenidad es una manifestación paradigmática del Derecho asimilacionista, en virtud del cual la cultura dominante en una comunidad puede limitar la expresión individual mediante la imposición de "estándares comunitarios", y así definir el "tono" y "calidad" de su vida comunitaria» (Post, 2011, 52). Como afirma MacKinnon, ello evidencia que «[…] la legislación contra la obscenidad se ocupa de la moral, pues la obscenidad es una idea moral" (1996, 42)[25].

3. PORNOGRAFÍA Y DAÑO A LAS MUJERES

Frente a la tradicional postura conservadora basada en la inmoralidad de la pornografía, las feministas abolicionistas plantean la cuestión en términos de «daño a las mujeres». Según ellas, no hay nada objetable en el hecho de que la expresión sexual persiga y/o produzca excitación sexual o sea ofensiva para la moral comunitaria. En su opinión, solo resulta dañosa cuando implica la degradación, humillación o violación de las mujeres.

El movimiento feminista antipornografía surge en la segunda mitad de los años setenta del pasado siglo de la mano de autoras como Catharine MacKinnon, Andrea Dworkin, Robin Morgan, Susan Brownmiller, Gloria Steinem y Kathleen Barry, entre otras. Adscritas principalmente al llamado «feminismo radical», la organización madre bajo la que actuaron fue Women Against Pornography (WAP), fundada en 1979 en los Estados Unidos. Dicha organización se dedicó, entre otras tareas, a la celebración de conferencias, la publicación de libros —su primer volumen colectivo fue *Take Back the Night* (Lederer, 1980)— y de artículos académicos, el asesoramiento jurídico, y el activismo social a través de la celebración de manifestaciones como la famosa marcha de 1979 en Times Square, en la que Dworkin y Robin Morgan lograron congregar a siete mil participantes. Bajo el lema de Robin Morgan (1974, 134) —«La pornografía es la teoría, la violación es la práctica»—, dicho grupo inició una verdadera cruzada en contra del porno.

En Inglaterra, la Campaign Against Pornography and Censorship (CPC), grupo creado en 1989 con el fin de influir en la adopción de leyes que regulasen la pornografía, reclamaba, como los movimientos feministas radicales de Estados Unidos y otros países europeos, la regulación de la pornografía con el argumento de que daña a las mujeres. Su «Declaración Política» afirmaba:

> «Creemos que la representación de las mujeres como objetos sexuales es una de las expresiones más poderosas y visibles de las actitudes negativas del sexismo, y es fundamental para la objetivación sexual y, por lo tanto, para la deshumanización y degradación de las mujeres. Creemos que la pornografía es la descripción más extrema de la mujer como menos que humana y menos que igual. Creemos que la pornografía refuerza el estatus desigual de las mujeres al presentarla como objetos sexuales y "sexualizados" para la excitación y gratificación de los hombres y perpetúa su estatus desigual. Por lo tanto, creemos que la pornografía es propaganda contra las mujeres y que perpetúa el sexismo, la discriminación y la violencia sexual».

En Alemania, un sector del movimiento de mujeres reaccionó contra la «pornificación» de la sociedad con una campaña abierta contra la representación de las mujeres en la pu-

blicidad sexista y en el arte pornográfico. Bajo el liderazgo de la periodista Alice Schwarzer, editora de la revista feminista *EMMA* creada en 1977[26], presentaron una demanda contra la revista *Stern*[27] por la representación sexista de las mujeres en sus portadas. *EMMA* argumentó que la cosificación de una mujer concreta y su mercantilización como objeto sexual era un acto degradante para «todas» las mujeres. Y, aunque perdieron su batalla judicial, consiguieron generar un debate público en torno a dicha opinión.

Para algunas de las teóricas del feminismo abolicionista, la idea de que la pornografía daña a todas las mujeres encuentra fundamento en la llamada *Speech Act Theory,* articulada por el filósofo británico J.L. Austin (1962), y desarrollada unos años más tarde por el también filósofo estadounidense John Searle (1969). Según esta teoría, las «emisiones realizativas (o performativas)» son emisiones tales que al ser enunciadas podríamos considerar que estamos haciendo algo en lugar de diciéndolo. Por ejemplo, cuando los novios dicen «Sí, quiero» en su boda no enuncian algo, sino que, al decir la locución en esas circunstancias, *realizan* el acto de contraer matrimonio.

Apoyándose en dicha teoría, autoras como las británicas Rae Langton y Jennifer Hornsby han tratado de poner en evidencia que la pornografía produce daño —*harm*— a las mujeres en general. Para Langton, aquellos que argumentan que la pornografía está protegida por la Primera Enmienda piensan en ella estrictamente como *speech*, perspectiva que orilla la tesis de Austin según la que también se pueden hacer cosas a través del habla. Así, Ullen defiende que la pornografía pertenece a la categoría de expresiones que realizan un acto simplemente al ser pronunciadas, pues reúne lo que Austin llamó fuerza «ilocucionaria» (Ullén, 2013: 332).

En un influyente artículo, Langton (1993: 207-308) argumenta que los *speech acts* de la pornografía subordinan a las mujeres hasta convertirlas en objetos sexuales, legitimando la violencia sexual contra ellas y privándolas de su poder y derechos. Así, sostiene que la pornografía es: *i)* un discurso *verdictive,* que clasifica a las mujeres como objetos sexuales inferiores cuyo propósito es «servir» a las necesidades sexuales de los hombres; y *ii)* un discurso *exercitive,* que legitima la violencia sexual contra las mujeres, representando su degradación de tal manera que la respalda, celebra y autoriza (307-308).

A partir de la misma base teórica, Jennifer Hornsby (1993: 42) sostiene que las mujeres son silenciadas por la pornografía y que su libertad de expresión es violada por el discurso de quienes reclaman su derecho a producir, comprar y consumir pornografía.

Ahora bien, las dos autoras más destacadas del feminismo antipornográfico son, sin duda, la activista Andrea Dworkin y la abogada Catharine MacKinnon. Ambas son consideradas referentes insoslayables en el debate feminista en torno a la prohibición de la pornografía. Estas autoras dan un paso más allá que sus compañeras, dado que, si la tesis de Langton consiste en afirmar que la pornografía es *speech* que representa —*despicts*— la subordinación de las mujeres, MacKinnon y Dworkin sostienen que la pornografía causa —*causes*— la subordinación de las mujeres.

Tanto Dworkin como MacKinnon consideran que, además de fomentar una sexualidad sexista para las mujeres bajo la irreflexiva ideología patriarcal, el material pornográfico

la justifica mediante el mito del consentimiento: «[…] la mujer nunca es forzada. Las mujeres violadas se representan pidiendo la violación» (MacKinnon, 1995: 249-259).

Por su parte, la teórica política británica Carole Pateman llevó a cabo una lectura de la teoría del contrato social rousseauniana desde la perspectiva de género (Pateman, 1988: *passim*), afirmando que existe un contrato sexual previo al contrato social que instaura la ley del derecho sexual de los hombres sobre las mujeres. Pateman analiza el principio de libertad universal, que estaría en la base del contrato social, poniendo en cuestión, precisamente, su carácter universal. Y afirma que solo los varones gozan de dicha libertad mientras que las mujeres permanecen privadas de ella y sujetas a la voluntad de los hombres. Según la autora, la pornografía es uno de los instrumentos de perpetuación de dicho contrato por ser una práctica política de dominio. La pornografía es la teoría, dice ella, y los hombres aprenden de esa teoría y la concretan en violaciones y otras agresiones contra las mujeres.

En el mismo sentido, Kathleen Barry, otra célebre socióloga norteamericana contraria a la pornografía, desarrolló la teoría de la «esclavitud sexual», según la cual la pornografía es la descripción gráfica de lo que los hombres exigen de las mujeres: «Se trata de un acto político de dominación, un intento de crear una imagen de las mujeres que concuerde con la visión que los varones quieren tener, y con el uso que de ellas quieren hacer». Entre amos y esclavas no puede haber un terreno común de juego y placer sexual. La dominación equivale a la violencia; la violencia equivale al sexo, por lo que la consecuencia más extrema de la pornografía es la violación. Barry habla de una «ideología de sadismo cultural» que «[…] consiste en prácticas que fomentan y apoyan la violencia sexual, convirtiéndola en una práctica normal», ideología en la que la pornografía juega un papel importante: «Película tras película, las mujeres son violadas, eyaculadas, orinadas, penetradas analmente, golpeadas y asesinadas en una orgía de placer sexual. Las mujeres son objeto de pornografía, los hombres sus mayores consumidores y la degradación sexual es su tema» (Barry, 1988: 174).

Por su parte, Prada ha sostenido que la pornografía moldea los comportamientos y preferencias sexuales hasta construir la realidad sexual y el propio deseo sexual «a partir de» y «perpetuando» las relaciones de poder del hombre sobre la mujer. En este sentido, afirma que «[…] la pornografía ofrece como motivo de excitación la humillación femenina, exaltando este modelo como deseable y convirtiendo la desigualdad entre hombres y mujeres en algo sexualmente excitante» (Prada, 2010: 14).

En España, las teóricas feministas tradicionales, entre ellas Valcárcel (1991), también se han pronunciado contra la pornografía, a la que conciben como una representación que degrada a la mujer. Más recientemente, Rosa Cobo, socióloga y teórica feminista abolicionista, defiende que el núcleo del relato pornográfico radica en el hecho de que los varones entienden las relaciones sexuales como una forma de violencia; las mujeres, por su parte, terminan interiorizando esa agresividad y aceptándola como si formara parte de su naturaleza sexual. La autora hace hincapié en la labor socializadora de la pornografía, a la que equipara con la publicidad:

> «¿Podemos estar consumiendo horas de pornografía y esto no va a afectar a nuestra vida? ¿Podemos estar viendo publicidad de lo que sea y que esto no afecte en nuestra modalidad de compradores? No. Si las grandes empresas invierten mucho dinero en ella es porque tiene efectos sobre el

consumidor. La pornografía utiliza los mismos registros y los mismos códigos que la publicidad, luego tiene efectos sobre sus consumidores» (Cobo, 2020: 58).

En suma, las posturas feministas que se oponen frontalmente a la pornográfica la perciben como una práctica inherentemente dañosa para las mujeres en general, y definen cualquier forma de uso o representación de sus cuerpos como una cosificación puesta al servicio del deseo masculino.

Actualmente, la pornografía digital se ha convertido en una actividad de comunicación audiovisual de masas y es una industria multimillonaria. El gigante empresarial MindGeek, propietario de páginas web de tipo *tube* —como Pornhub, RedTube y YouPorn, que reciben más de 115 millones de visitantes todos los días—, obtuvo en 2018 unas ganancias de 460 millones de dólares. Sin embargo, se sabe muy poco sobre quiénes controlan el gran negocio del porno, que carece casi por completo de regulación.

En cuanto fenómeno visual, la pornografía *mainstream* —o pornografía hegemónica actual— posee sus propias narrativas, que son claramente sexistas y misóginas. Ofrece un imaginario en el que la representación de la sexualidad viene determinada por la dominación de la mirada masculina y por la normalización y la erotización de la violencia contra las mujeres. De hecho, Pornhub, la web pornográfica más visitada del mundo, reportó en 2019 más de 42 mil millones de visitas y 39 mil millones de búsquedas realizadas en un año. El 45 % de sus vídeos incluyen al menos un acto de agresión física contra las mujeres (Gallego Rodríguez y Fernández-González, 2002: 442).

En el marco de una producción masificada y estandarizada, el discurso pornográfico *mainstream* ha perdido los valores artísticos y contraculturales que han caracterizado al discurso sexual a lo largo de la historia para diluirse en el flujo capitalista industrial como cualquier otro producto comercial de consumo. La pérdida de su carácter artístico ha ido acompañada de la desaparición de cualquier potencial transgresor, emancipador y, por ende, político. Como se ha señalado, la pornografía ha sido fagocitada por el sistema y se ha convertido en un dispositivo represor y que sirve al orden social/sexual impuesto por el poder (Engaña, 2017: 30). Según Jeffreys, la pornografía es una industria que, identificada durante la revolución sexual y contracultural de los años setenta como «transgresora» y liberadora, es ahora una industria masivamente rentable que se ha vuelto parte del *mainstream* para suministrar ingresos a las grandes corporaciones (2011: 76).

Ahora bien, ¿esta realidad justifica la prohibición de la creación, difusión y consumo de la pornografía *mainstream*? Desde mi punto de vista la respuesta debe ser negativa, dado que tal prohibición supondría una limitación desproporcionada de la libertad de expresión de sus creadores y difusores, así como de la libre autodeterminación sexual de sus consumidores adultos.

Y ello porque para que la prohibición de la pornografía fuera constitucionalmente admisible sería necesario demostrar que la producción, difusión y el consumo de materiales pornográficos genera una alta y pronta probabilidad (no una mera posibilidad) de que produzca un daño real e inminente a la dignidad de las mujeres, a su derecho a no ser discriminadas, y a su integridad física y psicológica, hipótesis que, a diferencia de lo que

pretenden las feministas abolicionistas, no ha sido demostrada, pues no existen estudios concluyentes que la justifiquen (Boyle, 2000: 193; y Hald, Malamuth y Yuen 2009: 680).

Ahora bien, esto no significa que el Estado no pueda regular la producción, la distribución y el consumo de pornografía por parte de los adultos para promover unas relaciones sexuales más equitativas y, por supuesto, para hacer efectivo el mandato constitucional de protección de la juventud y de la infancia.

4. PORNOGRAFÍA Y DAÑO A LA JUVENTUD Y A LA INFANCIA

La falta de consenso sobre la existencia de un nexo causal directo entre el consumo de pornografía digital *mainstream* y la producción de un daño real e inminente a las mujeres contrasta con la unanimidad existente entre juristas, psicólogos y sociólogos en relación con la juventud y con la infancia. Todos ellos concuerdan con la idea de que el acceso temprano a y el consumo de este tipo de pornografía incide directamente en el desarrollo físico y, sobre todo, psicológico y cognitivo de niños y jóvenes. Ello es especialmente peligroso cuando los consumidores son los llamados «nativos del porno», es decir, adolescentes —e incluso niños— que, cada vez con mayor frecuencia, se inician en la sexualidad a través de estas plataformas.

En su reciente informe «Des(información) sexual: Pornografía y Adolescencia», de 2019, Save The Children advierte que, en España, casi 7 de cada 10 adolescentes (el 68.2 %) ven pornografía con frecuencia —los chicos consumen casi el doble que las chicas— y que actualmente la edad media del primer contacto con material pornográfico —en el 98.5 % de los casos, contenidos gratuitos *on line*— es de 12 años. Sin embargo, otros estudios —por ejemplo, «Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales de adolescentes y jóvenes», de 2019, y «Pornografía y educación afectivosexual», de 2020, adelantan el primer acceso en los 8 años y el consumo generalizado a partir de los 13-14 años, y señalan, además, que más del 90 % de los jóvenes de entre 9 y 24 años han tenido algún contacto con el porno (Ballester Brage, Rosón Varela y Facal Fondo, 2020: 16). Según el recientísimo Informe «Sexualidad y Consumo de Pornografía en Adolescentes y Jóvenes de 16 a 29 años», de febrero de 2021 (Torrado Martín-Palomino, 2021), este fenómeno se ha incrementado en el último año debido al confinamiento por la pandemia de COVID-19 y ha sido favorecido por la gran oferta sin restricciones en la red, por la proliferación de dispositivos móviles al alcance de los niños (sobre todo, móviles y *tablets*) y por el aumento de la actividad a través de grupos de WhatsApp donde comparten vídeos y fotos porno.

Los Estados están tratando de abordar esta realidad a través de diversas medidas, entre ellas exigir a los sitios web pornográficos mecanismos para verificar la edad de cada usuario, establecer sistemas de clasificación de contenidos; o articular incentivos para que los proveedores de servicios de Internet ofrezcan más servicios integrales de filtrado. Todas ellas se han revelado, por ahora, insuficientes.

El intento de contrarrestar los efectos nocivos de la pornografía a través de medidas estrictamente reguladoras o tecnológicas resulta a todas luces ineficaz, pues semejante pretensión es como tratar de «poner puertas al campo». De hecho, un estudio de 2018 sobre la efectividad de los filtros de Internet para limitar la exposición de los adolescentes al material sexual *on line* concluyó que estos son ineficaces e instó a que se realizara un análisis de coste/beneficio de tales tecnologías a la luz de la importancia que se atribuye a tales soluciones tecnológicas (Przybylski y Nash, 2018)[28]. No cabe duda de que para revertir esta realidad la principal herramienta es la educación, responsabilidad que corresponde tanto a las familias como al Estado.

Uno de los factores que en mayor medida inciden en la formación progresiva del niño y en el asentamiento de las bases para el posterior y pleno desarrollo de su personalidad es la educación que este recibe no solo en la esfera familiar, sino también en el ámbito escolar. En la medida en que la educación es el instrumento a través del cual se forja y se perfecciona la personalidad del individuo y se desarrollan sus potencialidades, el niño, sujeto en formación por antonomasia, se convierte en el epicentro del sistema educativo.

Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional español, existe un nexo inescindible entre el derecho a la educación y la «dignidad» de la persona, lo que convierte a la educación en la principal herramienta para el desarrollo de la libertad, base de la dignidad del individuo y premisa de su completo desarrollo. Pues bien, debe tenerse en cuenta que la educación —derecho fundamental cuyos principales titulares son los niños y los adolescentes— no es una educación cualquiera, sino una educación integral asentada sobre los principios de libertad, igualdad, pluralismo y espíritu crítico, que debe incluir, sin ningún género de dudas, la educación afectivo-sexual. Como señala la Convención sobre los Derechos del Niño, este tiene el derecho a recibir la información apropiada para el desarrollo sobre la sexualidad y la reproducción (arts. 3, 17 y 24), especialmente la información orientada a promover su bienestar social, espiritual, y moral, así como su salud física y mental (art. 17).

Numerosos los estudios han demostrado los efectos positivos de la educación afectivo-sexual en la socialización infantil y adolescente, entre ellos la mejora de la autoestima, la aceptación de sí mismos y de los demás, la optimización de las relaciones afectivas y sexuales y otros procesos asociados a la socialización sexual[29]. Según el estudio de la Unesco «Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad. Un enfoque basado en la evidencia» (2018), «[…] la educación afectivo-sexual en las escuelas ayuda al alumnado a mejorar sus actitudes respecto a su salud sexual y reproductiva, pero, además, contribuye a la prevención y reducción de la violencia y la discriminación de género».

El informe «Educación afectivo-sexual, motivos y medidas para ofrecerla», elaborado por Educaweb en 2020, subraya que es fundamental impartir este tipo de formación a través un enfoque que abarque la educación emocional y las habilidades sociales, además de la sexualidad. Este tipo de formación debe, pues, ir más allá de los métodos de protección, anticoncepción y salud sexual, y ahondar en la dimensión emocional y afectiva de la sexualidad humana, así como en las relaciones personales. De este modo, cuestiones como el consentimiento, la reciprocidad, el respeto y el cuidado deben estar muy presentes para

contrarrestar los mensajes que los jóvenes reciben de la pornografía *mainstream* y capacitarlos para interpretar y filtrar dicha información.

La educación afectivo-sexual debe coadyuvar al desarrollo de personas y relaciones sanas e igualitarias, socializadas en la diversidad afectivo-sexual y en la emancipación de los roles de género. Para la Unesco, la educación integral en sexualidad (EIS), como el organismo la ha denominado, es un proceso de enseñanza y aprendizaje basado en programas de estudios formales que tratan aspectos cognitivos, psicológicos, físicos y sociales de la sexualidad. De hecho, ya en sus *Internarional Guidelines on Sexuality Education: An Evidence Informed Approach to Effective Sex, Relationships and HIV/STI Education*, de 2009[30], afirmó que la educación sexual debe ser «tan importante como las matemáticas en las escuelas».

El pensamiento crítico es un proceso metacognitivo clave en la alfabetización mediática que, a través de un juicio propio autorregulado y del uso adecuado de habilidades y actitudes, ayuda a obtener conclusiones de manera razonable y a resolver problemas, siendo un excelente factor protector para los adolescentes contra posibles efectos negativos de los medios. En este marco, parece que en la comunidad científica hay consenso en torno a la idea de que la inclusión de la alfabetización en pornografía en los programas educativos suministra herramientas útiles para la interpretar críticamente las imágenes y los vídeos pornográficos, y facilita a los jóvenes el desarrollo de un pensamiento crítico que les permite cuestionar los modelos de salud, género y relaciones sexuales que aquella transmite.

Son varias las propuestas realizadas por los expertos a este respecto. Así, cabe mencionar la de Rothman, Daley y Alder (2020), cuyos objetivos son los siguientes: mejorar el conocimiento sobre los medios de comunicación sexualmente explícitos y el comportamiento sexual; aumentar las actitudes coherentes con la valoración del consentimiento sexual y la no agresión en las relaciones de pareja; y ampliar la conciencia sobre el poder de los medios de comunicación para promover las normas sociales. Su principal finalidad es brindar información a los jóvenes, fomentando el pensamiento crítico, la autorreflexión y la reevaluación de las creencias y normas sociales.

En España destaca la propuesta de intervención de Ares Icarán (2021), que sugiere la alfabetización en pornografía como un instrumento válido para prevenir la violencia de género. Su proyecto incluye diversas herramientas, entre ellas la información sobre los factores de riesgo más relevantes —distorsión de la realidad, adopción de guiones agresivos, desigualdad de género, e influencia de los medios o los iguales— y las destinadas a que los jóvenes entablen relaciones interpersonales saludables y respetuosas.

Pues bien, la tónica general en la mayoría de los Estados ha sido, hasta la fecha, dar la espalda a este tipo de propuestas. Así, la llamada educación sexual se ha incluido en los currículos educativos solo de manera transversal en otras asignaturas o a través de talleres esporádicos[31]. A ello se añade que, contrariamente a lo que los estudios sugieren, este tipo de formación se basa en una concepción biologicista de la salud sexual de carácter eminentemente preventivo, centrada de manera casi exclusiva en los riesgos de embarazo o de contagio de enfermedades.

Los datos expuestos atestiguan la insuficiencia del que, hasta la fecha, ha sido el enfoque mayoritario, y reclaman la imperiosa introducción en el currículo educativo oficial de una educación afectivo-sexual como materia autónoma y con entidad propia que sea de carácter obligatorio desde edades tempranas. Es hora de que una verdadera educación afectivo-sexual, que vincule sexualidad y fortalecimiento emocional, ocupe el lugar que merece como pieza fundamental del desarrollo integral del alumnado.

5. CONCLUSIONES

Aproximarse a la historia de la representación de la desnudez y de la sexualidad humana es acercarse a la historia de la censura. El sexo, no obstante, sigue siendo incómodo y peligroso en pleno siglo XXI, pues la tradicional censura de lo sexual ha adquirido la forma de «cancelación». Redes sociales como Facebook o Instagram, instrumentos a través de los que esta se hace efectiva, funcionan a partir de algoritmos de reconocimiento que son adiestrados con grandes bancos de imágenes para que sean capaces de identificar patrones. La clave estriba en saber cuáles son las fuentes de dicho aprendizaje predictivo, fuentes que, por lo que puede inferirse de la lectura de sus normas comunitarias, no son otras que los sentimientos de sus propios usuarios.

Frente a la «moral pública», las «buenas costumbres» o los «sentimientos religiosos» del pasado, en los que se amparaba la censura tradicional del discurso sexual y pornográfico, hoy el bien que la sustenta es un pretendido y abstracto, pero inexistente, «derecho a no ser ofendido». El «sentimiento de ofensa» es el nuevo rasgo identitario que aglutina y genera cohesión entre los usuarios de las redes. Nos encontramos en un momento de deificación de la emoción y la opinión frente a la razón y el conocimiento.

La cancelación de lo sexual convive paradójicamente con la omnipresencia en internet del comúnmente llamado «porno digital o *mainstream*». La violencia y la cosificación del cuerpo femenino que rezuma el porno del siglo XXI reenvían a una cultura sujeta a las jerarquías del patriarcado que se alimenta de siglos de confusión entre sexo y dominio. Pero el hecho de que esa clase de contenidos evidencie aquella dominación no significa que su prohibición vaya a mejorar mucho la situación de las mujeres. Como cualquier otra forma de creación, el porno debería estar protegido por las reglas que nos hemos dado para tutelar la libertad de expresión.

Ahora bien, en la medida en que no solo expresa las dominaciones «realmente existentes», sino que también las activa y las legitima, es lícito cuestionar sus contenidos en un debate público para contrarrestar sus efectos nocivos —comprobados o supuestos— sobre el proceso de igualación de los sexos en que se han embarcado las sociedades democráticas; y, sobre todo, para proteger a los niños y adolescentes de los enormes efectos dañinos que su consumo, cada vez más temprano, puede generar en su desarrollo psicológico y emocional.

NOTAS

1. Para un estudio en profundidad sobre este tema, *vid.* Valero Heredia (2021).

2. 378 U.S. 184 (1964).

3. *Regina vs. Hicklin*, (1868), Cockburn, C.J., Blackburn, Mellor, and Lush, J.J. (Queen's Bench).

4. Rexer (2020.

5. *Interstate Circuit, Inc. vs. Ciudad de Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).

6. 315 U.S. 568 (1942).

7. 354 U.S. 476 (1957).

8. 370 US 478 (1962).

9. De este período son las sentencias *Ginzburg vs. United States,* 383 U.S. 463 (1966); *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966); *Redrup vs. New York*, 386 U.S. 767 (1967); *Ginsberg vs. New York*, 390 U.S. 629 (1968); y *Stanley vs. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

El caso *Fanny Hill*, de 1966, relativo a la novela erótica *Memoirs of a Woman of Pleasure,* de John Cleland, fue la única excepción en todo este tipo de decisiones, y en ella el Tribunal Supremo estadounidense añadió un tercer requisito para excluir el discurso sexual del ámbito de protección de la Primera Enmienda: «que el material obsceno sea patentemente ofensivo porque se desvíe de los estándares contemporáneos de la comunidad, esto es, de la moral dominante en la sociedad».

10. *Jacobellis vs. Ohio*, cit., 197.

11. *Interstate Circuit vs. Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).

12. 386 U.S. 767 (1967).

13. En 1969 Warren fue reemplazado por Burger en la presidencia y después fueron nombrados los jueces Blackmun en 1970 y Powell y Renquist en 1972.

14. *Miller vs. California*, 354 U.S. 476 (1973).

15. 413 U.S. 49 (1973).

16. La defensa más articulada de esta tesis es la del presidente de la Corte, el juez Burger, en el caso *Adult Theatre I vs. Salton*, decidido el mismo día que el caso *Miller.* En sus palabras: «Si aceptamos la suposición indemostrable de que una educación completa requiere de la lectura de ciertos libros y la creencia casi universal de que los buenos libros, las obras de teatro y el arte elevan el espíritu, mejoran la mente, enriquecen la personalidad humana y desarrollan el carácter. […] los libros u obras obscenas tienen una tendencia a ejercer un impacto corruptor y degradante que conduce a un comportamiento antisocial […] que puede afectar a la vida familiar, al bienestar de la comunidad y al desarrollo de la personalidad humana, pudiendo éstas degradarse»: 413 U.S. at 63. *Vid.* en Koppelman (2005: 1635-1680).

17. 481 U.S. 497 (1987).

18. Modificada por la Obscene Publications Act de 1964, la Criminal Justice and Immigration Act, de 2008, y más recientemente por la Criminal Justice and Courts Act, de 2015.

19. *R. u. Calder & Boyars* (1969) 1 Q.B. 151.

20. *D.P.P. vs. Whyte* (1972) A.C. 849.

21. 413 US 49, 1973.

22. 383 US 502, 1966.

23. Sentencia 5493/72, de 7 de diciembre de 1976.

24. 501 U.S. 560 (1991).

25. MacKinnon (1996).

26. *EMMA* es una revista feminista alemana. Fue fundada en 1977 por la periodista Alice Schwarzer y se publica bimensualmente. En el año 2017 vendió 28.041 ejemplares. Desde su fundación *EMMA* ha sido la revista feminista líder en Alemania, y la única revista política en Europa enteramente dirigida por mujeres.

27. *Stern* es una revista de noticias de periodicidad semanal publicada en Alemania. Fue fundada en 1948 por Henri Nannen.

28. Przybylski y Nash (2018: 405-410).

29. Companys Alet (2016) y Martínez Álvarez (2010: 121-135)

30. Disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/8556521DD9D4A9E64925762000240120-UNESCO-Aug2009.pdf>.

31. «Standards for Sexuality Education in Europe», Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud y la organización alemana, Centro Federal de Educación para la Salud BZgA, Colonia, 2010, p. 18. Disponible en: <https://www.bzga-whocc.de/fileadmin/user_upload/WHO_BZgA_Standards_English.pdf>.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2019): «Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-15, 1-38.

ALTMAN, Andrew (2014): «The Right to Get Turned On: Pornography, Autonomy, Equality», en A.I. Cohen y C.H. Wellman (eds.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Hoboken: Wiley-Blackwell, 22-307.

AUSTIN, John L. (1962): *How to do Things with Words*, Oxford: Clarendon Press.

BALLESTER BRAGUE, Luis, Carme ORTE SOCÍAS y Rosario POZO GORDALIZA (2019): *Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales de adolescentes y jóvenes*, Barcelona: Octaedro Editorial.

BARRY, Katheleen ([1979] 1988): *Esclavitud sexual de la mujer*, Barcelona: LaSal.

BOYLE, Karen (2000): «The Pornography Debates: Beyond Cause and Effect», *Women's Studies International Forum*, 23(2), 187—195.

— (2011): «Producing Abuse: Selling the Harms of Pornography», *Women's Studies International Forum*, 34(6), 593-602.

COBO, Rosa (2020): *Pornografía. El placer del poder*, Barcelona: Ediciones B.

COETZEE, John Maxwell (1996): *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, Madrid: Debate.
COLDHAM, Simon (1980): «Reports of the Committee on Obscenity and Film Censorship», *Modern Law Review*, 43(3), 306-318.
COLE, David (1994): «Playing by Pornography's Rules: The Regulation of Sexual Expression», *143 University of Pennsylvania Law Review,* 15, 115.
COMPANYS ALET, Mar (2016): *La educación afectiva y sexual: un derecho, una prioridad*, Creación Positiva, CooperAcció, Associació de Planificació Familiar de Catalunya i Balears.
DWORKIN, Ronald (1981): «Is there a right to Pornography?», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1(2), 177-212.
EASTEN, Susan (1994): *The Problem of Pornography: Regulation and the Right to Free Speech*, Londres: Routledge.
EATON, Anne W. (2007): «A Sensible Antiporn Feminism», *Ethics*, 117(4), 674-715.
FEINBERG, Joel (1985): *Offense to Others,* Nueva York: Oxford University Press.
— (1987): *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, Nueva York: Oxford University Press, USA, 1987.
GALLEGO RODRÍGUEZ, Claudia y Liria FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2019): «¿Se relaciona el consumo de pornografía con la violencia hacia la pareja? El papel moderador de las actitudes hacia la mujer y la violencia», *Behavioral Psychology/Psicología Conductual*, 27(3), 431-454.
HALD, Gert Martin, Neil M. MALAMUTH, y Carlin YUEN (2009): «Pornography and attitudes supporting violence against women: Revisiting the relationship in nonexperimental studies», *Aggressive Behavior*, 35, 1-7.
HENKIN, Louis (1963): «Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity», *Columbia Law Review* 63, 1963, 391-414. [en línea] <https://www.jstor.org/stable/1120595>.
HORNSBY, Jennifer (1993): «Speech Acts and Pornography», *Women's Philosophy Review*, 10, 38-45.
JEFFREYS, Sheila (2011): *La industria de la vagina, La economía política de la comercialización global del sexo*, Buenos Aires: Paidós.
KOPPELMAN, Andrew (2005): «Does Obscenity Cause Moral Harm», *Columbia Law Review,* 105, 1635-1680.
LANGTON, Rae (1993): «Speech Acts and Unspeakable Acts», *Philosophy & Public Affairs*, 22(4), 293-330.
LAWRENCE, David Herbert (1930): *A Propos of Lady Chatterley's Lover*, Londres: Mandrake Press.
LEDERER, Laura (ed.) (1980): *Take Back the Night, Women on Pornography,* Nueva York: William Morrow.
MARTÍNEZ-ÁLVAREZ, José Luis (2019): «Educación de la sexualidad: estado actual y propuestas de futuro, *La salud afectivo-sexual de la juventud en España*, *Revista de Estudios de Juventud*, 123, 121-135.
MACKINNON, Catharine (1995): *Hacia una teoría feminista del Estado,* Madrid-Valencia: Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer.
— (1996): «La pornografía no es un asunto moral» en C. MacKinnon y R. Posner, *Derecho y pornografía*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
MORGAN, Robin (1974): «Theory and Practice: Pornography and Rape», en Id., *Going too Far: The Personal Chroniche of a Feminist*, Nueva York: Random House, 134-140.
PATEMAN, Carole ([1988] 2019): *El contrato sexual*, Madrid: Menades.
POST, Robert (2011): *El Estado frente a la libertad de* expresión, Colección Ciencias Jurídicas, Buenos Aires: Universidad de Palermo.
PRADA, Nancy (2010): «¿Qué decimos las feministas sobre la pornografía? Los orígenes de un debate», *La manzana de la discordia*, 5, enero-junio, 7-26.
PRZYBYLSKI, Andrew K. y Victoria NASH (2018): «Internet Filtering and Adolescent Exposure to Online Sexual Material«, *Cyberpsychology, Behavior and Social Networking*, 21(7), 405-410.

REXER, Raisa (2020): «L'Année pornographique: The French Press and the Invention of Pornography», *Romanic Review*, 222(3).
ROCA DE AGAPITO, Luis (2027): «El delito de profanación como ejemplo de un derecho penal sentimental», *Derecho y religión,* XII, 167-192.
ROTHMAN, Emily F., Nicole DALEY y Jess ALDER (2020): «A Pornography Literacy Program for Adolescents», *Public Health Practice*, 110(2), 254-156. [en línea] <https://ajph.aphapublications.org/doi/10.2105/AJPH.2019.305468>.
SALAZAR, Eduardo (2019): «The Ethics of Pornography: Deliberating on a Modern Harm», en N. Levin (ed.), *Introduction to Ethics: An Open Educational Resource*, Huntington Beach, California. [en línea] <https://human.libretexts.org/@go/page/30142>.
SCHAUER, Frederick (1989): *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge: Cambridge University Press.
SEARLE, John (1969): *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
STONE, Geoffrey R. (2019): «Sex and the First Amendment: the long and winding history of obscenity law», *First Amendment Law Review*, 17.
STUART MILL, John ([1859] 2011): *Sobre la Libertad*, Madrid: Edaf.
TORRADO MARTÍN-PALOMINO, Esther (dir.) (2021): Informe «Sexualidad y Consumo de Pornografía en Adolescentes y Jóvenes de 16 a 29 años», La Laguna: Universidad de La Laguna.
TEHRANIAN, John: «Sanitizing Cyberspace: Obscenity, Miller, and the Future of Public Discourse on the Internet», *Journal of Intellectual Property Law*, University of Georgia Law, 11 [en línea] <http://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol11/iss1/7>.
ULLÉN, Magnus (2013): «The Solipsism of Pornography: Speech Act Theory and the Anti-Porn Position», *Sexuality & Culture,* 2013, pp. 321—347.
VALERO HEREDIA, Ana (2021): *La Libertad de la Pornografía,* Sevilla: Athenaica.
VALCÁRCEL, Amelia (1991): *Sexo y filosofía: sobre «mujer» y «poder»*, Barcelona: Anthropos.
WERHAN, Keith (2004): *Freedom of Speech*, Wesport: Greenwood Publishing Group.
WILLIAMS, Linda ([2]1999): *Hard Core: Power, Pleasure and the «Frenzy of the Visible»*, Oakland: University of California Press.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA Y SU SINGULARIDAD

THE RIGHT TO FREEDOM OF ARTISTIC CREATION AND ITS SINGULARITY

Marta Timón Herrero

Subdirectora General de Reclamaciones
Consejo de Transparencia y Buen Gobierno[*]

RESUMEN

La *dimensión artística* no constituye, actualmente, un elemento relevante en la contextualización y ponderación del derecho a la libertad de creación artística. Sin embargo, no solo la Constitución y la jurisprudencia constitucional le reconocen un carácter autónomo, sino que su propia singularidad, que se desprende de unos rasgos propios que los órganos judiciales pueden apreciar y valorar, exige la construcción de un canon de enjuiciamiento específico que permita aplicar una protección cualificada. En la construcción de ese canon de enjuiciamiento conviene revisar el criterio de la *necesidad* de las expresiones en relación con el mensaje transmitido, cuya contrapartida (su carácter gratuito) resulta difícilmente apreciable en el marco autorreferencial del fenómeno artístico. No puede obviarse, asimismo, la necesidad de reconfigurar los contornos de los derechos fundamentales en el nuevo contexto que dibuja la sociedad digital, prestando especial atención a la mutación que experimenta la(s) censura(s) y la hiperreacción ante la ofensa.

PALABRAS CLAVE

Libertad de creación artística, arte, singularidad, ficción, necesidad v. gratuidad, protección cualificada, sociedad digital y censura, hiperreacción.

ABSTRACT

The artistic dimension does not currently constitute a relevant element in the contextualization and consideration of the of artistic freedom of expression. However, the Spanish Constitution and constitutional jurisprudence recognize its autonomous character. Its uniqueness is given by its own features that must be valued by the jurisdiction. This requires the construction of a specific valuation canon that allows the application of qualified protection. In the construction of this canon, it is convenient to review the criterion of the need for expressions with respect to the transmitted message, whose counterpart (its gratuitous nature) is difficult to appreciate in the self-referential framework of the artistic phenomenon. Likewise, the need to reconfigure the contours of fundamental rights in the new context drawn by the digital society cannot be ignored, paying special attention to the mutation experienced by censorship(s) and the hyperreaction to offense.

KEYWORDS

Artistic freedom, art, singularity, fiction, necessity *vs.* gratuity, qualified protection, digital society and censorship, hiperreaction.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.044

[*] El texto expresa únicamente las opiniones de la autora.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA Y SU SINGULARIDAD

Marta Timón Herrero
Subdirectora General de Reclamaciones
Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Sumario: 1. La autonomía y la singularidad de la libertad de creación artística. 1.1. Una aproximación al contenido de la libertad de creación artística sin necesidad de definir qué es arte. 1.1.1. Aportación cultural, creatividad, innovación y originalidad. 1.1.2. La condición subjetiva (artistas y/o intermediarios del arte). 1.1.3. El lenguaje específico de lo artístico (en especial, el elemento ficcional o distorsión de la realidad). 2. Colisión entre el derecho a la libertad de creación artística y otros derechos: la necesidad de un canon de enjuiciamiento específico. 2.1. Necesidad *vs*. gratuidad en la manifestación artística. 3. A modo de conclusión: convulsión del contexto, (re)significación de derechos y mutación de censuras. Notas. Bibliografía.

1. LA AUTONOMÍA Y LA *SINGULARIDAD* DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA

Partiendo de una comprensión flexible y omnicomprensiva, Jorge Wagensberg consideraba el arte «[…] como una forma de conocimiento (acaso la más ansiosa y animosa con respecto a la complejidad del mundo) en tanto que elabora imágenes de los sucesos del mundo»; un conocimiento regido por el *principio de comunicabilidad de complejidades ininteligibles* donde el artista es innovador[1]. Por su parte, Umberto Eco señaló que una cualidad definitoria del arte es su capacidad para conectar tiempos, estética y sentimientos[2]. Para otros autores, la gran tarea del arte es *evitar que la humanidad olvide su propia mortalidad, que se olvide a sí misma,* pues las obras de arte existen para el mundo[3]. Las definiciones de lo que sea el *arte* son múltiples y heterogéneas, y han sido vertidas desde los más diversos enfoques; en todo caso, todas ellas aluden de un modo u otro a su faceta comunicativa (en ocasiones, incluso pedagógica), a su trascendencia (más allá del artista e incluso del tiempo), a su conexión con la estética (con independencia de los valores que la integren en cada momento histórico), a su carácter provocador o disruptivo (el artista muestra el camino), a su intrínseca conexión con la creatividad y a su ligazón con la cultura.

La aproximación jurídica al arte también se ha llevado a cabo desde diversos prismas o perspectivas que hacen referencia a la creación, a la imaginación y a la aportación indispensable del arte a la riqueza y a la diversidad cultural e ideológica de las sociedades democráticas. El reciente Manifiesto por la Libertad de Expresión Artística y Cultural en la Era Digital enfatiza que los artistas «[…] revelan las verdades incómodas, nombran lo innombrable y visibilizan lo invisible […] creando espacios para el debate social en el seno y más allá del discurso político dominante»[4]; y recuerda que «[…] es la diversidad de culturas, lenguas, formas artísticas y libertad de expresión artística lo que nutre el diálogo intercultural y la cooperación»[5]. En la misma línea, la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural (París, 2 de noviembre de 2001) concibe la diversidad como una fuente de expresión, creación e innovación tan necesaria para la humanidad como la diversidad biológica y, en ese sentido, declara que la diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad[6].

En la Constitución española (CE), la dimensión cultural y artística no se limita al reconocimiento explícito del derecho a la libertad de creación artística y científica (art. 20.1.b) CE) en directa conexión con la libertad ideológica (art. 16.1 CE), sino que comprende también la pluralidad y diversidad lingüística (art. 3.3 CE), el mandato expreso a los poderes públicos de *facilitar* la participación de todos los ciudadanos en la *vida política, económica, cultural y social* (arts. 9.2 y 48 CE), la llamada a la proactividad de los poderes públicos para garantizar del acceso a la cultura (art. 44 CE) y la protección y difusión del patrimonio histórico-artístico (art. 46 CE)[7]. Tal disposición proactiva se enmarca, ciertamente, en la caracterización de estas previsiones normativas como *principios rectores de la política social y económica* (Capítulo III CE), cuya proyección y eficacia jurídica (su reconsideración) constituye uno de los retos que es necesario abordar en la sociedad actual[8].

En esta (apresurada) aproximación a la dimensión jurídico-artística de la Constitución adquiere relevancia propia el reconocimiento explícito e *individualizado* del derecho fundamental a la libertad de *creación y producción artística* (el art. 20.1.b) CE)[9], en consonancia, por otra parte, con otros textos constitucionales de nuestra tradición jurídica que contienen menciones específicas a la expresión artística, el arte o la libertad cultural[10]. La concreción del contenido de este derecho fundamental (de su núcleo y de su alcance) se ha articulado (y se articula) en torno al debate sobre si constituye un derecho fundamental autónomo con un contenido propio y diverso al del resto de las libertades comunicativas reconocidas en el precepto o si, por el contrario, es una faceta o vertiente del derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1. a) CE[11].

Ciertamente, este *deslinde* entre ambos derechos (libertad de expresión y libertad de creación artística) no es habitual en los textos internacionales, en los que ambas libertades aparecen imbricadas. Así, el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) no contiene referencia alguna a la *creación artística* o a las formas artísticas de la libertad de expresión. Por su parte, el art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) parece partir de una cierta subordinación del derecho a la libertad de creación artística respecto a la libertad de expresión, en la medida en que es esta (la libertad de expresión) la que *comprende* aquella y

que el precepto alude a la *forma* de la expresión (sea esta impresa o *artística*). Como señala el informe del relator especial sobre la promoción y protección de la libertad de opinión y expresión, el motivo de esta configuración es que «[…]el espectro de la expresión artística es tan amplio, dinámico, cambiante y expansivo que no puede limitarse por ninguna clase de definición transaccional»[12]. El informe argumenta que, de esta forma, se evitan los problemas que suscita el hecho de tener que definir qué es arte, y concluye que el art. 19.2 PIDCIP protege *cualquier forma expresiva,* incluyendo las artísticas, con independencia del modo en que sea definido o evaluado el arte.

En nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, la configuración del derecho a la libertad de creación de artística como un derecho autónomo no parece cuestionable. Y no solo por su mención explícita en el texto constitucional, sino también porque, tras unos titubeos iniciales, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la STC 51/2008, de 14 de abril (relativa a la novela *El Jardín de Villa Valeria*), sentencia que dota a este derecho de especificidad propia y abandona, por tanto, la concepción previa, que lo definía como una (mera) *concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones* reconocido en el art. 20.1.a) CE[13] o como una faceta del mismo[14]. Se trata, pues, de un derecho autónomo cuyo «[…] objetivo principal […] es proteger la libertad del propio proceso creativo, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (20.1 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares». Por su parte, el Tribunal Supremo se refiere con naturalidad a la libertad de creación artística como un derecho autónomo, lo que en principio «[…] excluiría que le afectaran los requisitos a que están sujetas las libertades de expresión e información»[15].

Partiendo, pues, de esa autonomía de la libertad artística —que radica en su singularidad—, la cuestión relevante es determinar qué consecuencias jurídicas comporta; en particular, se trata de aclarar si la manifestación expresiva de lo *artístico* implica un ensanchamiento del margen del ejercicio legítimo del derecho, es decir, una protección reforzada frente a otros derechos o bienes jurídicos protegidos (en la misma línea que los derechos a la libertad de expresión e información).

Las posturas reticentes a considerar la especificidad de lo *artístico* no solo se fundamentan en la aparente imposibilidad de acotar el concepto, sino también en el riesgo de que una configuración diferenciada del derecho pudiera dar lugar a la introducción de limitaciones de mayor intensidad o, desde una perspectiva diversa pero complementaria, en el riesgo de que la defensa de la obra creada pueda depender de que se la califique como artística, atendiendo al carácter ciertamente vago de la noción.

En mi opinión, sin embargo, la autonomía o especificidad del derecho a la libertad de creación artística juega un papel esencial en la labor de contextualización del ejercicio del derecho y de ponderación entre derechos cuando aquel entra en conflicto con otros derechos o bienes jurídicamente protegidos como el derecho al honor, el derecho a la intimidad o a la propia imagen, la protección de los sentimientos religiosos o del orden o moral públicos (en relación con la protección de la infancia y la juventud, por ejemplo). Considero que tomar en consideración esa *singularidad* de lo artístico resulta determinante

a la hora de brindar una protección reforzada a esta libertad. Se trata, en definitiva, de no obviar las particularidades propias de la creación y difusión artística, y de tener en cuenta la dimensión *artística* del eventual conflicto —lo que, como se verá, no es habitual en la jurisprudencia constitucional ni en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no faltan algunos ejemplos al respecto—.

1.1. UNA APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA SIN NECESIDAD DE TENER QUE DEFINIR QUÉ ES *ARTE*

Ciertamente, la distinción entre aquello que se enmarca en el ejercicio de la libertad de expresión y aquello que se inscribe en el ámbito de la creación artística puede ser una tarea compleja. El debate sobre qué puede ser calificado como *arte* o *artístico* podría conducir a discusiones o disquisiciones estériles, pues supone adentrarse en un terreno movedizo aparentemente ajeno a la ciencia jurídica. Gombrich (1997)[16] ya puso de manifiesto la imposibilidad de aprehender el concepto de *arte*, pues ello depende de toda una serie de factores externos y extrajurídicos (entre ellos, el momento histórico e, incluso, los intermediarios entre el artista y el público). Como afirmó el autor citado, no existe el *Arte*, sino los artistas.

No obstante, la operación jurídica de delimitación del concepto de lo *artístico* es posible. Desde la perspectiva de dotar de contenido propio al derecho fundamental a la libertad de creación artística, la cuestión no radica tanto en saber qué es *Arte* (ni definirlo *a priori*, dado su carácter esencialmente dinámico) cuanto en determinar si, en el concreto caso de análisis y mediante un proceso de contextualización, lo controvertido puede o no considerarse una obra artística a fin de otorgarle una protección acrecida —como aquí se mantiene— en el caso de colisión con otros derechos.

Obviamente, el derecho a la libertad de creación artística se encuentra profundamente enraizado en la libertad de expresión y, en ocasiones, resultará difícil determinar con exactitud cuál ha sido el derecho ejercido. Pero esa estrecha interconexión también se aprecia entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información, y es ya clásica la jurisprudencia constitucional que parte de la necesidad de aclarar cuál es el derecho *preeminente* o *preponderante*, dado que los contornos y requisitos de ambos derechos no son los mismos —particularmente, la exigencia de veracidad de la información como diligencia profesional de averiguación de los hechos (que no resulta exigible a la libertad de expresión) o la aseveración de que la libertad de expresión no ampara los insultos o las vejaciones—.

Una vez se ha determinado que es el derecho *preponderante*, el otorgamiento de una protección cualificada o acrecida[17] al ejercicio de la libertad de creación artística frente a injerencias externas —o, si se quiere, el ensanchamiento de su ámbito de actuación legítimo— no debería suscitar extrañeza. Esta protección reforzada es habitual en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, cuando la libertad de expresión se ejerce por los abogados en el ejercicio de su función de asistencia técnica y defensa[18] o en el *fragor de un debate político.* El contexto (*la contextualización* del ejercicio del derecho) deviene elemento clave

o primordial en ambos supuestos: en el primero, porque en el ejercicio de la libertad de expresión están implicados otros derechos —el derecho de defensa (art. 24.2 CE)—; en el segundo, porque las expresiones controvertidas, calificadas de hirientes, se enmarcan en un debate nítidamente público y de notorio interés, y fueron pronunciadas por un periodista y se referían a la actividad de dirigentes políticos como tales[19]. La libertad de expresión se concibe, entonces, como *especialmente resistente,* «[…] inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar». En la línea apuntada, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es constante en el sentido de recordar que apenas hay lugar para las restricciones a la libertad de expresión en dos ámbitos: el del discurso político y el de las cuestiones de interés general[20].

Esa especial resistencia o ese estrecho margen para aceptar las restricciones a la libertad de creación artística es lo que aquí se defiende y, por ello, el primer paso consiste en determinar si el derecho ejercido es o no es el derecho a la libertad de creación artística. Para llevar a cabo este proceso de concreción, son muchos y diversos los elementos que, a modo de *indicios* apreciados conjuntamente, permiten concluir (en una única inferencia lógica y razonable) que el derecho ejercido es el derecho a la libertad de creación artística —sin necesidad de definir qué es *arte*— para, a continuación, analizar el conflicto desde un prisma que no ignore la especificidad de esa dimensión artística.

1.1.1. Aportación cultural, creatividad, innovación y originalidad

La primera aproximación en el proceso de *identificación* del derecho a la libertad de creación artística debe partir de la dimensión cultural (antes referida), a la que debe sumarse su vínculo con la innovación, la creatividad y la originalidad. Tal como se desprende del debate del constituyente, existe una evidente conexión de este derecho con la garantía de la protección de la diversidad cultural y con la protección de los derechos de los creadores (propiedad intelectual)[21]. Por ello, la definición de lo que constituye *obra original* en la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) a efectos de delimitar su ámbito de aplicación y protección es también relevante para concretar la noción de *creación artística*.

El artículo 10.1 LPI dispone: «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro […]»; el precepto añade una enumeración ejemplificativa de obras que hace referencia a diversas manifestaciones en el ámbito de la literatura, la dramaturgia y representaciones teatrales, la danza, las producciones audiovisuales y cinematográficas, la obra plástica y visual… Hasta el título tiene consideración de obra original, y ello, desde luego, tiene su importancia en el ámbito del arte contemporáneo, desde el *Esto no es una pipa*, del surrealista Magritte, hasta *La imposibilidad física de la muerte en la mente de alguien vivo* o *Vaya por Dios*, de Damien Hirst —tiburón conservado en formaldehído y calavera, respectivamente—.

Más importante que el listado de obras artísticas es, sin embargo, el calificativo de *original* al que alude el mencionado precepto en relación con la *creación,* pues ello se relaciona

directamente con la *innovación.* En efecto, la *creación y producción* a las que hace referencia el art. 20.1.b) CE reenvían a un proceso *dinámico de gestación* que necesariamente deberá alumbrar *algo nuevo* (es decir, algo que no existía con anterioridad, aunque sea mediante la transformación de una obra preexistente); algo concreto, independiente y separable del proceso creativo anterior (sea este individual o colectivo) y que constituye una *expresión propia del autor,* su prolongación. No obstante, la dicotomía artista/obra (el proceso creativo y la difusión de lo creado) debe ser matizada, pues ni todo proceso de creación se realiza en la soledad o en la intimidad (en la oscuridad, antes del alumbramiento) ni toda obra o resultado de ese proceso de innovación es realmente separable del creador. En ocasiones, la *obra* es el propio proceso creativo (*performance*), esto es, no existe la creación de algo tangible y perdurable como resultado de ese proceso, sino que es la propia *acción* lo que constituye la obra. Y en no pocas ocasiones es el propio artista *actuante*, su propio cuerpo o su propia presencia, la materialización de ese proceso creativo (con independencia de su eventual documentación gráfica o videográfica, como *extensión añadida* de la obra).

A esta cualidad creativa e innovadora apunta el Tribunal Constitucional en la citada STC 51/2008 cuando delimita el derecho ejercido como libertad de creación artística (literaria); en tal caso, el TC señala que tiene lugar una «[…] transformación de la realidad para dar lugar a un universo de ficción nuevo»[22]. En la misma línea, aunque desde la perspectiva del derecho a la protección de la propiedad intelectual, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) vincula esa originalidad a la *recognoscibilidad de algo nuevo*, exigencia que implica que sea posible diferenciar la obra creada de las preexistentes y que la originalidad tenga una relevancia mínima suficiente a partir de la constatación del cumplimiento de los requisitos de singularidad, individualidad y *distinguibilidad*[23] (y, añade el TJUE, la necesidad de un cierto grado de *altura creativa* que, se adelanta, resulta irrelevante desde la perspectiva del contenido del derecho fundamental).

1.1.2. La condición subjetiva (artistas y/o intermediarios del arte)

La consideración de quién emite el juicio, opinión o información —el *criterio subjetivo*—es habitual en la jurisprudencia constitucional y constituye un elemento más que coadyuva a la identificación (y también a la contextualización) del derecho ejercido. Así, de acuerdo con la STC 43/2004, el factor subjetivo —no solo los abogados en ejercicio de su labor de defensa o los periodistas en determinados supuestos, como antes se señalaba, sino también la condición de *historiadores* de los guionistas de un documental potencialmente lesivo del derecho al honor de un tercero— constituye un elemento decisivo para identificar el derecho ejercido como libertad de creación científica. La ubicación en el ámbito de la *libertad científica del historiador* (y no en la de expresión o información) y el carácter *historiográfico* del documental resultan, a juicio del TC, determinantes para declarar el ejercicio legítimo del derecho y la no vulneración del derecho al honor: mediante una argumentación que podría extrapolarse a la libertad de creación artística, el TC afirma que se trata de «[…] un saber reconocible en atención a su adecuación a ciertos métodos, y

no en virtud de una pureza tal, de otra parte inexigible, que prescinda de toda perspectiva ideológica o moral en la exposición del pasado»[24].

En el caso de la libertad de creación artística, la condición de artista o creador también resulta relevante. De hecho, como se adelantó, la calificación de determinada manifestación como «original» y «artística» se asocia en la jurisprudencia a una cierta *impronta personal*, al reflejo de la personalidad del autor que se manifiesta en la adopción de decisiones libres y creativas al tiempo de realizar la obra[25]. La libertad artística, por otra parte, protege también a aquellas personas físicas o jurídicas que, aun sin ser inicialmente las creadoras, contribuyen de forma decisiva a su difusión o exhibición, precisamente porque es a partir de ese momento cuando puede surgir el conflicto —por ejemplo, en la STEDH de 20 de septiembre de 1994, *Otto Preminger Institut c. Austria,* la asociación cultural que habría programado la proyección de la película controvertida es la que reclama la protección de su derecho; y en la citada STC 43/2004, la demanda se interpuso contra la televisión autonómica que programó la emisión del documental—.

Ahora bien, el mero hecho de ser *artista* no resulta, *per se,* determinante para enmarcar la manifestación expresiva de que se trate en el ámbito de la libertad de creación artística, sino que deben concurrir otros elementos o indicios. Resulta ilustrativo, en este sentido, el caso del rapero César Strawberry (seudónimo), inicialmente absuelto por la Audiencia Nacional[26] de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas tipificado en el art. 578 del Código Penal (CP) en relación con diversos comentarios en la red social Twitter. Esta sentencia tuvo en cuenta la condición subjetiva del acusado (como cantante y letrista de dos grupos de rap, autor de varias novelas y comunicador con diversas incursiones en cine y televisión)[27] para encuadrar las expresiones vertidas en la libertad de creación artística[28] y, en el análisis individualizado de cada uno de los *tweets* controvertidos, puso de manifiesto la ironía de las expresiones o su carácter humorístico (humor negro), lo que redundaba en la ausencia del carácter humillante o vejatorio que requiere el tipo delictivo.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, recondujo la cuestión al ámbito del derecho a la libertad de expresión. En efecto, con independencia, ahora, de la (en mi opinión) desacertada conclusión condenatoria a la que llegó la STS de 18 de enero de 2017[29] —enmendada posteriormente por el Tribunal Constitucional en la STC 35/2020, de 25 de febrero, que otorgó el amparo a Strawberry declarando vulnerado su derecho a la libertad de expresión—, el TS no apreció *dimensión artística* alguna en los comentarios realizados, como tampoco lo hizo, después, el Tribunal Constitucional[30].

En definitiva, el calificativo *artístico* no puede deducirse únicamente del hecho de que la persona sea artista o trabaje habitualmente en el entorno artístico si lo controvertido *no es una obra artística* en la que concurran los otros elementos a los que se está aludiendo[31]. En el caso citado, resultaba ciertamente difícil calificar las opiniones políticas vertidas en Twitter como una forma de expresión artística, lo que no significa que no haya creaciones artísticas que utilicen o incluso tomen como *materia* de creación la mencionada red social[32], o que no exista un arte marcadamente político (e incluso militante)[33].

1.1.3. El lenguaje específico de lo artístico (en especial, el elemento ficcional o distorsión de la realidad)

Esa innovación o transformación de la realidad que subyace a la creación artística enlaza, según la antes citada STC 51/2008, con el *elemento ficcional* o la *distorsión de la realidad* que, en la jurisprudencia, se aprecia como de uno de los rasgos característicos del lenguaje artístico —aunque no puede obviarse que resulta difícilmente trasladable a manifestaciones artísticas como las *performances* o arte de acción, por ejemplo, donde *la realidad* (sea esta biográfica, política o social) constituye el propio material artístico, ámbito en el que este criterio perdería utilidad—. Se parte así de la premisa de que el contenido de una obra artística (novela, película, representación teatral, etc.) no es real —aunque se alimente de la realidad o, incluso, pretenda representarla— y que ello permite ensanchar el margen de tolerancia. La ficción (apreciable fundamentalmente en la creación literaria, el cine o en otros productos audiovisuales), lo imaginado (en cuanto que no real) o el distanciamiento de la realidad embarcan al espectador y/o al público en un terreno distinto: el del juego, del entretenimiento, de la catarsis. Se establece un *pacto ficcional*[34], pues se sabe que la creación de que se trate es imaginada (aunque no se considere que el autor miente) tendiendo, así, a la *suspensión de la incredulidad.*

De ahí que, como se ha señalado, «[…] resultan insólitos los supuestos en los que el arte pueda provocar un daño real y cierto en bienes jurídicos concretos. Es difícil, podríamos decir, encontrar supuestos en los cuales la expresión artística, que se mueve, por definición, en el territorio de lo figurativo y lo imaginado, pueda ser comprendida dentro del concepto de *fighting words*. Las balas del artista en este campo pueden ser consideradas balas de fogueo»[35].

La constatación de esa *distorsión* o alejamiento de la realidad es un elemento que adquiere mayor relevancia en casos en los que la obra creada se basa en hechos reales y resulta, por tanto, posible identificar a las personas que inspiran a los personajes, pues ello incrementa el potencial efecto lesivo sobre el derecho al honor. Se detecta, así, una especial tensión entre las libertades de expresión, de creación artística y de información, que exigen la identificación del derecho preponderante tomando en consideración el *tratamiento más creativo o, por el contrario, más fidedigno* a los hechos y personas reales sobre los que versa la obra, es decir, *el mayor o menor distanciamiento de la realidad*. La STS de 27 de enero de 2017[36] descarta que el asunto que enjuicia pueda examinarse desde la perspectiva de la libertad artística que invocaba la recurrente —que alegaba que las expresiones controvertidas por la afectación al honor de una tercera persona formaban parte de una obra literaria del género de la *autoficción*— pues lo que predomina en los textos es la opinión crítica de la autora respecto de una persona que es *identificable.* Y, añade: «No hay el menor atisbo de creación de una nueva realidad imaginaria a partir de hechos o personajes reales, menos aún ficticios, ni se aprecia ningún interés cultural relevante que pudiera justificar los ataques personales a la demandante o la revelación de datos de su vida privada con una finalidad de creación literaria en el género de la *autoficción* o del relato de no ficción […]». La sentencia declaró que se habían vulnerado los derechos al honor y a la intimidad familiar y personal de la demandante.

En esa misma línea, la *recognoscibilidad* (en definitiva, la posibilidad de identificar a la persona) resulta decisiva para afirmar que la portada de la revista *El Jueves*[37] en la que se ironizaba sobre unas declaraciones del entonces presidente del Gobierno sobre el desfile del 12 de octubre no vulneraba el derecho al honor ni el derecho a la propia imagen del legionario recurrente. En la STS 498/2015, Tribunal Supremo partió de la premisa de que se había utilizado su imagen, pero subrayó que *no resulta reconocible*, dado que su rostro se había cubierto con un «maquillaje» superpuesto al estilo de payaso; a ello añadió que el uso de la imagen del recurrente era accesorio e instrumental para exponer, en tono burlesco, una opinión crítica sobre unas afirmaciones realizadas por una persona con notoriedad pública, finalidad esencial de la portada en cuestión. Con cita de la STEDH *Vereingung Bildender Dünster c. Austria,* la sentencia del TS remarcó que se trataba de un *montaje irónico*, que la caricatura constituye una de las vías más frecuentes de expresar, mediante la burla y la ironía, críticas sociales o políticas que coadyuvan a la formación de una opinión pública libre, y que, este tipo de sátira es una forma de expresión artística y de crítica que, con su contenido inherente de exageración y distorsión de la realidad, perseguía naturalmente la provocación.

El *lenguaje específico de lo artístico* no se integra únicamente por la especial relación de la obra con la realidad, sino que pueden identificarse, además, *técnicas*, métodos concretos (artes plásticas, *performances*, arte digital, video arte, cine, etc.) o códigos habituales, entre ellos el tono provocador o perturbador, la subversión o la irreverencia[38]. Con sus lógicas excepciones, es cierto que en el caso de muchos movimientos artísticos, artistas u obras concretas de la historia del arte anida una voluntad de «[…] sondear los límites de lo aceptable, de poner a prueba la supuesta indulgencia de una sociedad democrática»[39], de alzarse contra los convencionalismos, de arremeter contra lo burgués y/o lo académico, en un movimiento pendular en el que lo burgués se apropia de lo provocador, el antiarte del arte y la convencionalidad del desafío[40].

El contexto concreto en el que se crea y difunde la obra constituye un sedimento más en la definición de lo *artístico*. En este sentido, el lugar (entendido en sentido amplio) en el que se muestra la obra (museo, galería, web artística, cines, teatros, etc.) o la existencia de un marco referencial (prescriptores y entidades culturales, marchantes y coleccionistas identificadores de los artistas más *representativos* del arte contemporáneo y de las últimas tendencias) también puede resultar de utilidad no solo para identificar la dimensión artística de la expresión, sino también para valorar, en su caso, el alcance de la eventual injerencia legítima en derechos de terceros en atención al grado de visibilidad y difusión de la obra.

Todos estos elementos, que coadyuvan a la identificación de la *dimensión artística* de lo creado, deben ser apreciados a partir de la premisa de la irrelevancia de la altura creativa (o la calidad de la obra), de su carácter profesional o *amateur* e, incluso, del buen gusto de la misma, pues este no constituye un parámetro que pueda fundar la limitación del derecho[41]. No obstante, existen ejemplos en los que sí se alude al mérito artístico o, indirectamente, al carácter elitista de la obra. En la SETDH *Karatas c. Turquía,* de 8 de julio de 1999, la consideración de que se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) del autor de un poemario muy crítico con las instituciones turcas como conse-

cuencia de la imposición de una sanción penal partió, en cierta manera, del carácter *elitista* de la obra. El Tribunal tuvo en cuenta que se trataba de una *composición poética* que, por sus propias características y su lenguaje, estaba destinada a un público en principio minoritario y que, por tanto, su impacto potencial era limitado. En una línea similar, pero confirmando la actuación de los poderes públicos —incautar y prohibir la difusión de una película controvertida, la STEDH *Otto Preminger Institut c. Austria,* de 20 de septiembre de 1994, argumentó que el carácter ofensivo de la obra (respecto de los sentimientos religiosos de la mayoría de la ciudadanía de la región) no se ve atenuado por sus *méritos artísticos* —lo que supone la emisión de un juicio de valor sobre la obra (calidad, contenido, forma) que no parece de recibo—. Esta jurisprudencia fue reiterada con posterioridad en la STEDH *Wingrove c. Reino Unido,* de 25 de noviembre de 1996, respecto de la obra *El éxtasis de Santa Teresa,* sin tomar en consideración que se trataba de un cortometraje experimental de difusión limitada, como había alegado el recurrente.

2. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA Y OTROS DERECHOS: LA NECESIDAD DE UN CANON DE ENJUICIAMIENTO ESPECÍFICO

Partiendo de la premisa de la *autonomía* como derecho fundamental de la libertad de creación artística y de la posibilidad de identificar cuándo se está ejerciendo el derecho, lo relevante consiste, como se apuntó antes, en dotar de efectos a esta singularidad y ello solo puede hacerse a través de la elaboración de un canon de enjuiciamiento específico que atienda a la dimensión artística de lo creado y propicie el ensanchamiento del margen del ejercicio legítimo de la libertad de creación artística. La sugerencia de la elaboración de un canon de enjuiciamiento específico ya ha sido apuntada —en el ámbito del control constitucional, si bien en un voto particular[42]— en relación con el ejercicio de la libertad de expresión en las redes sociales y en atención a la especial afectación a la que pueden verse sometidos los derechos de la personalidad en Internet.

Por lo que respecta a la libertad de creación artística, este canon específico de enjuiciamiento debe incorporar la jurisprudencia del TEDH que proyecta también sobre las manifestaciones artísticas el *carácter eminente y esencial* en una sociedad democrática atribuido tradicionalmente a la libertad de expresión (*Handyside c. Reino Unido,* 7 de diciembre de 1976 o *Müller y otros c. Suiza,* de 24 de mayo de 1988) y dotar al derecho a la libertad de creación artística de todo su potencial reactivo frente a eventuales intromisiones o injerencias.

El ejercicio de este derecho encuentra sus límites en el respeto de los demás derechos fundamentales y en las restricciones que impongan las leyes en la protección de otros bienes constitucionales[43]. El artículo 20.4 CE menciona explícitamente —como límites específicos o *cortafuegos* de todas las libertades comunicativas— el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, así como la protección de la juventud y la infancia frente a

prácticas, por ejemplo, que se conciben como obscenas o inmorales (generalmente, aquellas obras que tienen un marcado carácter sexual o que abordan la sexualidad de forma explícita[44]). Se trata, ciertamente, de derechos y colectivos especialmente vulnerables a los eventuales efectos adversos del ejercicio del derecho a la creación artística, ámbitos donde suelen plantearse los conflictos y la necesidad de ponderación entre los diferentes derechos. A esos límites deben sumarse, sin embargo, aquellos que impone la protección de otros bienes constitucionales como la dignidad de determinados colectivos —el *discurso del odio* (tipificado en el art. 510 CP)[45]—, la protección de la *moralidad pública* —concepto de difícil concreción y dudosa aplicación—, la salvaguarda de los sentimientos religiosos para preservarlos de las ofensas —previsión que introduce un elemento ciertamente distorsionador, pues no solo es difícil definir qué se entiende por *sentimientos*: también es problemática la pretensión de que existe un derecho a *no ser ofendido*— o la protección de las víctimas de delitos de terrorismo —en la que se enmarca la previsión de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas (art. 578 CP)—.

Partiendo de lo expuesto, un canon de enjuiciamiento propio permitiría valorar, en caso de que el conflicto se plantee respecto del derecho al honor de una tercera persona —y, como se apuntó antes, considerando el mayor o menor distanciamiento de la realidad o la existencia de un elemento ficcional—, la posibilidad o no de identificar a personas reales, la determinación del carácter público o no de tales personas (pues las personas con relevancia pública deben soportar un mayor nivel de crítica y las instituciones públicas no requieren una protección reforzada del honor, tal como destacó el TEDH en *Otegi Mondragon c. España*), la contribución cultural y a la diversidad de opiniones, la pertenencia del lenguaje o código utilizado al terreno de lo artístico, etc. Con la sola integración de esa atención a los diversos elementos que conforman la libertad de creación artística, el proceso de ponderación experimentaría un viraje respecto de la escasa atención actual a la dimensión artística.

En los casos en los que la libertad de creación artística entra en conflicto con los sentimientos y creencias morales y/o religiosas, ese canon específico debería permitir, en primer lugar, la exclusión de la sanción penal —excepto en los casos de delito de odio[46] contra colectivos vulnerables cuando concurra incitación o riesgo real de incitación a la violencia— y, en segundo lugar, la evitación de las nuevas modalidades de censura a las que luego se aludirá.

Es cierto que en este ámbito, el de la moral y la religión, y dada la inexistencia de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, el TEDH ha reconocido tradicionalmente un mayor margen de apreciación a los Estados[47], que se ha traducido en una más amplia permisibilidad de aquellas medidas o normas que restringen la difusión de obras o fundamentan la imposición de sanciones penales. Así, en las STEDH antes citadas (*Otto Preminger Institut* y *Karatas*) la singularidad artística únicamente se tiene en cuenta para excluir su capacidad para disminuir la ofensa (por la irrelevancia de los méritos artísticos) en el primer caso, y para vincular la exclusión de la alteración del orden público al limitado público destinatario de la obra artística en el segundo. En sentido similar, la STEDH *I.A c. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005, consideró razonable y proporcionada

la condena por blasfemia del editor de una novela crítica desde un punto de vista teológico y filosófico.

La STEDH *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, de 25 de enero de 2007, marcó un primer viraje en esa jurisprudencia, dado que valoró de forma concreta la dimensión artística de la obra controvertida (el collage *Apocalypse* creado por Otto Mühl en el que aparecían figuras públicas en actitudes consideradas sexuales), subrayando que se trataba de una caricatura de las personas reflejadas realizada con un lenguaje satírico. La sátira, afirmó el TEDH, «[…] es una forma de expresión artística con un inherente componente de exageración y distorsión de la realidad, que pretende provocar y agitar». Resulta sorprendente, en cualquier caso, que el análisis de una obra plástica (mural pictórico-*collage*) se abordara principalmente desde la perspectiva del humor o la sátira y no desde su propia esencia como obra artística.

Esa línea se mantuvo en la posterior STEDH *Sekmadienis c. Lituania*, de 30 enero de 2018, que otorgó una protección prevalente a la libertad artística sobre el pretendido carácter *inapropiado* o lesivo para la moral pública de una publicidad creativa que utilizaba a personajes de la Biblia como reclamo para vender pantalones, poniendo el acento en el carácter *cómico* de la campaña y en el hecho de que no se había demostrado la intención de atacar la moral pública o de causar daños; de ahí, declaró el TEDH, el carácter desproporcionado de la multa impuesta y la vulneración del art. 10 CEDH. Y en la STEDH *Mariya Alekhina y otras c. Rusia,* de 17 de julio de 2018, el TEDH consideró que la acción llevada a cabo por las recurrentes (concierto musical reivindicativo de su grupo Pussy Riot en una catedral de Moscú) era un híbrido de *actuación y de expresión oral* y suponía una forma de expresión artística y política amparada por el art. 10 CEDH, poniendo de relieve que los tribunales nacionales no analizaron la letra de la canción, sino que se centraron en la conducta individual y en el vestuario de las cantantes y que, si bien pudo resultar ofensivo, no se atisbaba elemento alguno de odio o de incitación a la violencia, por lo que la condena penal impuesta había vulnerado la libertad de expresión de las componentes del grupo de forma especialmente severa.

En España, la colisión del derecho a la libertad de creación con los sentimientos religiosos (delito de ofensa a los sentimientos religiosos y escarnio de dogmas tipificado en el art. 525 CP) no ha dado lugar a ninguna condena (excepto en un caso que se dictó sentencia de conformidad). Son sobradamente conocidos los casos de los artistas Javier Krahe (por su vídeo *Cómo cocinar un crucifijo)*[48], Eugenio Merino (por su escultura de Franco en una máquina expendedora de bebidas), Leo Bassi (por sus parodias de la iglesia y del Papa) o Abel Azcona (por su obra *Pederastia*), cuyas causas penales han sido archivadas al no apreciarse la concurrencia de los elementos del tipo (básicamente, podía acreditarse la intención de ultraje o escarnio y las obras o *performances* no constituían una vejación para los que profesan o practican la religión católica). Las resoluciones dictadas suelen centrarse en la inexistencia de ese ánimo de escarnio (a favor, en cambio, de un *animus iocandi* en alguno de los casos), pero no llevan a cabo una referencia singularizada y dotada de contenido sobre el derecho fundamental a la libertad de creación artística. En el caso de la obra *Pederastia,* por poner un ejemplo, el auto por el que se dicta el sobreseimiento libre[49] declara que en la exposición

se exhibe el montaje de fotografías *que recogen el proceso de elaboración de la obra o performance* y la considera una muestra crítica amparada por la libertad de expresión, pero no aborda la cuestión desde la dimensión artística de la obra controvertida.

Más complejo es el caso del cantante Valtònyc, condenado por la Audiencia Nacional[50] por varios ilícitos —delito de injurias al rey, delito de enaltecimiento del terrorismo y delito de amenazas— que, a juicio del órgano sentenciador, cometió a través del contenido de las letras de algunas de sus canciones. En este caso, la Audiencia Nacional tomó en consideración la dimensión artística para dar respuesta a las alegaciones del acusado, que arguyó que las canciones cuestionadas «[…] son metáforas y que lo que quiere es provocar, como todo arte; que se considera poeta, artista». Sin embargo, no se extrae de tal dimensión artística ninguna consecuencia específica. La sentencia se limita a constatar la correcta inclusión en el tipo, afirmando que, de las pruebas practicadas, se infiere sin género de dudas la autoría del acusado de los hechos constitutivos de los delitos «[…] a cuya comisión no obstan las alegaciones del mismo ni quedan amparadas las conductas por el concreto género musical al que se adscriben las canciones y en contexto socio temporal en que surgió, ni por el invocado carácter satírico, de mera hipérbole o crítica inmoderada contra instituciones políticas invocado por la defensa. Tales alegatos no excluyen el indudable contenido objetivo de aquellas ni el dolo exigido para el perfeccionamiento de los tipos». Los posteriores recursos del cantante ante el Tribunal Constitucional y el TEDH fueron inadmitidos a trámite. En todo caso, en la sentencia condenatoria se echa de menos un análisis centrado en el eventual encaje de las canciones del artista en el contenido del derecho a la libertad de creación artística.

En definitiva, sería contraproducente que el arte, en cualquiera de sus manifestaciones, solo pueda ser exhibido en el caso de que se acomode al buen gusto, a las buenas costumbres, a las convenciones sociales o al escrupuloso respeto (la ausencia de ofensa) a sentimientos religiosos o de convicciones morales. No parece que el criterio del *ciudadano medio*, utilizado en otros ámbitos para calibrar qué es lo aceptable o tolerable, pueda ser de mucha utilidad respecto de la creación artística que desborda, aunque no siempre, los cauces ya formados[51]. Por ello, la singularidad del derecho a la libre creación artística debería redundar, precisamente, en un ensanchamiento de márgenes de la legitimidad de su ejercicio, sin que ello suponga convertirlo en un derecho ilimitado o ajeno a los criterios jurisprudenciales establecidos en el ámbito de la libertad de expresión.

2.1. NECESIDAD *VS.* GRATUIDAD EN LA MANIFESTACIÓN ARTÍSTICA

En todo caso, el establecimiento de un canon específico de enjuiciamiento que atienda a la dimensión artística de la obra debe conducir a una reconsideración de la *necesaria conexión* entre lo creado y lo trasmitido. En efecto, un elemento fundamental en la contextualización del derecho ejercido y en su ponderación con otros a fin de determinar su radio de legitimidad es la existencia de un vínculo o conexión (*necesidad*) entre lo expresado (o creado) y el mensaje o información que pretende transmitirse. Así, partiendo de la premisa general de que el derecho a la libertad de expresión (y también el de la libertad

de creación artística) ampara expresiones chocantes, perturbadoras o hirientes, pero no el insulto, la humillación o la vejación, la constatación de cuándo se trata de *expresiones vejatorias o humillantes* que se situarían extramuros del ejercicio legítimo de aquellos derechos fundamentales se vincula a esa *necesidad* o conexión entre el juicio de valor que se emite y la información o mensaje que se transmite; en definitiva, a la *pertinencia* (entendida como adecuación) de las expresiones vertidas para la difusión de las opiniones o informaciones de que se trate. Y este elemento, como se verá, debería ser objeto de una nueva reflexión para ser reinterpretado en el ámbito de la libertad de creación artística.

Este *juicio de necesidad* forma parte de una jurisprudencia constitucional clásica orientada a incluir en el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión y/o información aquellas manifestaciones que, a pesar de afectar al honor de terceros, se revelan necesarias para la exposición de ideas y opiniones de interés público y contribuyen a la formación de la opinión pública[52]; o, a la inversa, para excluir aquellas manifestaciones que no resultan necesarias y que, podría decirse, no aportan nada a la comprensión del mensaje, no contribuyen al debate público y constituyen un ejercicio extralimitado o ilegítimo del derecho.

En aplicación de esa jurisprudencia se ha entendido, respecto del derecho a la información, que el apelativo *xenófobo* no puede considerarse vejatorio o humillante al *basarse en un hecho veraz* (en particular, la existencia de una denuncia a la policía por tal motivo) *y no resultar innecesaria* para la información que se pretendía transmitir en aquel caso (STC 29/2009, de 26 de enero). En el ámbito de la libertad de expresión, la reciente STC 192/2020, de 17 de diciembre (interrupción de celebración religiosa para repartir pasquines contra el aborto) remarca la inexistencia de un *punto de conexión* que permita entender la ceremonia religiosa como un foro de intercambio de ideas, pudiéndose difundir el mensaje por *medios alternativos* «sin necesidad de perturbar a los fieles»[53]. Por su parte, la STC 190/2020, de 15 de diciembre, concluye que las expresiones controvertidas (*hay que prenderle fuego a la bandera*) resultan «[…] de todo punto innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales […]»; y, en fin, en la STC 93/2021, de 10 de mayo, se califican de innecesarios y desproporcionados —para defender las ideas antitaurinas de la autora— los comentarios que esta publicó en Facebook sobre un torero fallecido (en los que tacha de asesino al lidiador y celebra su muerte). En estos tres casos, las sentencias declaran la intromisión o injerencia ilegítima en los derechos a la libertad religiosa, en el honor de las instituciones públicas y en el derecho al honor de sus herederos, respectivamente; y es preciso subrayar que, excepto en el caso de los comentarios vertidos en Facebook, los recursos de amparo pretendían la salvaguarda del derecho de la libertad de expresión frente a condenas penales.

La contrapartida de ese juicio de necesidad o de la constatación de ese punto de conexión es *la gratuidad* (expresiones desconectadas del mensaje)[54] o su impertinencia (expresiones inadecuadas al fin pretendido). Considero, no obstante, que la determinación de lo que sea necesario o, por el contrario, gratuito —o la afirmación de la existencia de otras alternativas menos lesivas— no deja de ser compleja. Esa complejidad se pone de manifiesto en los votos particulares emitidos en las últimas sentencias citadas.

Así, en los votos particulares discrepantes formulados a la STC 192/2020 se señala que la existencia «[…] de alternativas de actuación del recurrente más deferentes y respetuosas con el derecho a la libertad religiosa no tiene —al menos en nuestra estimación— la fuerza argumental suficiente para excluir que se estaba ante una conducta de expresión». Por su parte, los votos particulares a la STC 190/2020 ponen de manifiesto que, más allá del lenguaje utilizado (duro, agresivo e incluso *ultrajante*), debió tenerse en cuenta el *contexto y circunstancias* concurrentes: las frases fueron proferidas contra un símbolo del Estado, su autor fue un representante sindical, los hechos ocurrieron en un acto de reivindicación laboral y en él ni se incitó a la violencia ni hubo alteraciones del orden público —existía, por tanto, *una conexión suficiente* entre la crítica vertida por el recurrente y los hechos de base—. En concreto, en el voto particular suscrito por la magistrada Balaguer Callejón y el magistrado Xiol Ríos se argumenta en estos términos: «La sentencia […] pretende cifrar la ilegitimidad del ejercicio en la desconexión entre medios y fines, esto es, en la utilización de expresiones innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados y en la falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas con esa reivindicación. Pero este argumento resulta abiertamente contraintuitivo. La necesidad de la expresión o las expresiones consideradas punibles, al fin y al cabo, se demuestra concurrente en la medida en que fueron las que hicieron reaccionar, después de la celebración de varias manifestaciones en el mismo lugar y en las mismas circunstancias, a quienes estaban asistiendo al acto de izado de la bandera, a la sazón aquellos a quienes estaba dirigida la protesta sindical»[55].

La dificultad para apreciar esa conexión o *necesidad*, descartando su carácter gratuito, se incrementa exponencialmente cuando se ejerce el derecho a la libertad de creación artística. En el ámbito artístico, el marco no deja de ser autorreferencial; podría, de hecho, hablarse de la contextualización autorreferencial de la expresión artística. Esto es, durante el *proceso creativo* (que debe quedar al margen de cualquier interferencia ilegítima de terceros) nada es gratuito para la persona o colectivo creador. La subjetividad extrema que caracteriza a ese proceso —y que dará lugar a una obra que es *prolongación del autor*— no permite constatar qué elementos eran o no necesarios para construir el mensaje que se deseaba transmitir, de modo similar o parejo al que se realiza respecto de la emisión de opiniones o informaciones —conclusión que resulta extrapolable a las personas y entidades que asumen la proyección, difusión o exhibición de la obra, pues en ese caso la necesidad radica precisamente en la voluntad de dar a conocer lo creado por el artista—.

A esa intensa subjetividad del proceso creativo se añade el hecho de que, una vez difundida la obra, es la mirada del público o del espectador la que la dota de contenido: «[…] la intención desempeña un papel muy importante en la pintura; es algo inevitable; pero cuando el artista divulga la obra y dice que está acabada, la intención pierde fuerza. Entonces la obra se acomete a todo tipo de usos y comentarios. A veces alguien la considera de una determinada forma y cambia de significado incluso para quien la hizo. Ya no se habla de intención, sino de algo que se ve y a lo que se responde» (Johns, 1987)[56]. La obra tiene, a partir de ese momento, *personalidad propia* y se le pueden atribuir significados no necesariamente pretendidos por el artista (o no figurados)[57].

Se trata, sin embargo, de un criterio, el de la *necesidad,* que no es extraño en la jurisprudencia. En la varias veces citada STEDH *Otto Preminger Institut* no se aprecia la vulneración del art. 10 CEDH como consecuencia de la adopción de medidas destinadas a prohibir la difusión de la película por considerarla *gratuitamente ofensiva* y resultar urgente la preservación de la paz religiosa en la región[58]. El alcance del derecho se aborda partiendo de la premisa de que su ejercicio debe evitar *expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros* y que *no contribuyan a un debate capaz de hacer progresar a la humanidad.* La necesidad o conexión no se valora aquí, sin embargo, entre lo creado (o difundido) y lo que pretendía comunicar el artista (o el organizador de la proyección), como se ha visto en los anteriores ejemplos. Dada la imposibilidad de apreciar la gratuidad en esa primera fase, el foco se desplaza y la *necesidad* se valora respecto de lo creado (y difundido) y lo percibido como *ofensivo* por otros, con independencia de la intención del autor y negando *a priori* la contribución al debate social.

La inexistencia de conexión fue también determinante de la condena de los dos humoristas gráficos de la revista *El Jueves*[59] que, tras la aprobación por el Gobierno de una prestación por natalidad (el llamado «cheque bebé»), dibujaron una conocida portada cuyos protagonistas eran los príncipes herederos. La dimensión artística (entrelazada aquí con el humor crítico) no es valorada en la sentencia del órgano sentenciador, que se limitó a poner de manifiesto su *gratuidad* en estos términos: «Carece de toda lógica, común y jurídica, que se diga criticar o satirizar la promesa gubernamental del subsidio de natalidad como alegan los acusados y se utilice para ello al príncipe heredero en la situación y con el texto que consta. Lo que evidentemente resulta, […] es que con dicho pretexto se trata de desprestigiar a la Corona, con un ánimo palmario de escarnio y desprecio para una persona que forma parte de aquellas especialmente protegidas por el legislador no tanto como tal sino, digámoslo una vez más, como parte de una institución constitucional digna de especial protección».

Tampoco apreció esa necesidad, haciendo hincapié en la existencia de alternativas menos gravosas, la sentencia del Tribunal Supremo[60] que confirmó la condena por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen como consecuencia de la emisión en un programa televisivo del video-montaje *El espectáculo de los obispos —sketch* humorístico en el que, tras la imagen de la demandante (persona sin proyección pública) en *topless*, se inserta un vídeo de unos obispos aplaudiendo—. En este caso, sin embargo, la clave es la posibilidad de identificación de una persona cuya imagen se difunde sin su consentimiento; de hecho, el TS subrayó que la libertad creativa no puede legitimar la intromisión porque existían alternativas menos gravosas[61] «[…] ya que el mismo resultado habría podido lograrse mediante una imagen equivalente pero consentida en su captación y para su difusión por la titular del derecho fundamental».

Lo hasta ahora expuesto sobre la dificultad (e improcedencia) de aplicar el criterio de *necesidad* o *conexión* al ámbito artístico se aprecia con mayor claridad en el caso del humor. El humor, la sátira, o la parodia constituyen ejemplos de una singular intersección de libertades: frecuentemente enraizadas en la libertad político-ideológica, son una muestra de

la libertad de expresión, de la creación artística y literaria en las que la determinación de lo que resulta inadecuado o gratuito es una pretensión inútil, pues el humor se basa precisamente en el factor sorpresivo. La subsunción en la libertad de creación artística permitiría la aplicación de un canon de protección reforzado. Esta dimensión fue directamente obviada en el ya mencionado caso de la portada de *El Jueves*, en el que la sentencia afirma: «Que tales imputaciones unidas indisolublemente con el dibujo que refleja la situación citada son indudablemente ultrajantes y ofensivas, objetivamente injuriosas *sea cual fuere la finalidad que digan perseguir sus autores* no parece que admita discusión alguna en cuanto encajan exactamente en la clásica definición de injurias de deshonrar, desacreditar o menospreciar a otro».

En ninguna de las sentencias citadas se tiene en cuenta la dimensión artística de lo creado, la impronta personal del artista y el elemento ficcional o de distorsión de realidad (aunque sea a través de la *recreación de la realidad*) al que antes se aludió, factores que, precisamente, rompen el vínculo de causalidad o de *necesidad*, impidiendo, en general, sostener la gratuidad o la innecesaridad de lo creado y de *la forma en que se ha creado* (y, por tanto, su carácter vejatorio o humillante), pues no estamos en el terreno de lo real, aunque la obra pueda ofender, molestar, herir, perturbar o chocar (y aunque, ciertamente, en algunos terrenos de lo artístico se difuminen las fronteras entre lo real y lo ficcional)[62]. Resulta ineludible, en definitiva, reflexionar sobre la aplicación de el parámetro de la *necesidad* (o existencia de *punto de conexión)* cuando del ejercicio de la libertad de creación artística se trata.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: *CONVULSIÓN* DEL CONTEXTO, (RE) SIGNIFICACIÓN DE DERECHOS Y MUTACIÓN DE CENSURAS

Al utilizar la expresión *convulsión* del contexto me refiero a los cambios de gran impacto que ha experimentado la sociedad con la irrupción, consolidación y expansión de las nuevas tecnologías. En otra ocasión he defendido la necesidad y la procedencia de *resignificar* los derechos y libertades comunicativas contenidos en el art. 20 CE[63] a la luz de una nueva realidad social que es jurídicamente relevante[64]: la sociedad digitalizada e hiperconectada. Debe partirse de una lectura evolutiva del texto constitucional y de la jurisprudencia sobre esas libertades y los derechos que conforman sus límites (el derecho al honor, a la intimidad, a la privacidad y a la propia imagen) teniendo en cuenta los *usos sociales* y el *cambio de percepción* de estos derechos[65]. En la sociedad 4.0 se constata un cambio en la intervención y la interacción de los sujetos, así como una modificación de los espacios y de formas de expresión que obligan a precisar los *nuevos* contornos de los derechos fundamentales porque la realidad en la que se aplican se ha transformado y sigue en proceso de transformación[66].

Por lo que concierne a la libertad de creación artística, las nuevas tecnologías y la democratización de los formatos (entre ellos, el vídeo) propiciaron el surgimiento del llamado arte digital, así como el aumento de las posibilidades de los ciudadanos para devenir creadores y difundir sus creaciones. El crecimiento exponencial y la convergencia de las nuevas

tecnologías, las redes sociales y la inteligencia artificial ha influido decisivamente no solo en las creaciones propiamente digitales, sino también, o especialmente, en los canales de difusión y de remuneración de los artistas[67]. Se constata la aparición de nuevos sujetos y espacios que se interrelacionan rompiendo las categorías tradicionales; de la misma forma que la noción de *periodista o informador* debe ser redefinida, también la de arte o artistas requiere un enfoque abierto.

Por otro lado, este nuevo contexto facilita el acceso a la cultura (por ejemplo, a obras del patrimonio histórico-artístico o que conforman las colecciones o patrimonio de instituciones culturales) y, aparentemente, incrementa la visibilidad de artistas y creaciones, pero plantea algunos interrogantes. Así, el aparente aumento de las posibilidades de difusión de los contenidos artísticos convive con una fragmentación de la audiencia (nichos) y con lo que podría denominarse *orientación algorítmica* de las redes que puede redundar en una nueva *uniformidad de contenidos* mediante la eliminación, por ejemplo, de aquellos que no se correspondan con los términos de uso y de contenidos de las plataformas, con la consecuente pérdida de diversidad. Estos nuevos protagonistas, los *intermediarios*, asumen una función de moderación de contenidos —que, tradicionalmente, se asociaba a la intervención de los poderes públicos— basada en sus propios criterios y términos de uso (pero aplican conceptos netamente jurídicos como el del *discurso del odio*, que pierden densidad o concreción)[68].

En segundo lugar, y en directa relación con lo anterior, la sobreexposición que comporta el uso intensivo de redes sociales, de webs o de otras plataformas de difusión y compartición de contenidos, por poner algunos ejemplos, ha influido de forma indiscutible, en mi opinión, en la germinación de un control social *de lo que se hace* y *lo que se dice* en las redes. La capacidad de *replicación* (fenómeno viral) y de expansión de los discursos expresivos y creativos a través de este medio se corresponde con un incremento de la *sensibilidad penal* —tendencia que puede constatarse, por ejemplo, analizando el aumento, a partir de 2015, de las causas penales en las que el elemento común es el uso de redes sociales como Twitter o Facebook para verter comentarios o publicar imágenes que se consideran ofensivas del honor, la moral o los sentimientos religiosos—. Se aprecia un auge de control horizontal o entre particulares acompañado de una *hiperreacción* frente a la difusión de obras o exposiciones artísticas consideradas ofensivas para los sentimientos religiosos o morales[69]. A esta *hiperreacción* se refiere Ramos Vázquez (2019) desde una perspectiva más amplia y en relación con la confrontación del derecho a la libertad de creación artística y la eventual ofensa de los sentimientos religiosos, con la alusión al *uso mediático del artículo 525 del Código Penal,* «[…] delito que parecía estar muerto y que, súbitamente, ha resucitado en nuestro panorama jurisprudencial», si bien, como puntualiza el autor y se señaló *supra*, todos los casos han concluido con un archivo o una absolución[70].

Ciertamente, no se trata de reacciones calificables como la *censura previa* que prohíbe el art. 20.2 CE —referida a aquellas actuaciones que limiten la elaboración o impidan la difusión de una obra mediante su sometimiento al escrutinio previo por parte del poder público a fin de otorgar el plácet si la obra se acomoda a determinados valores abstractos cuya concreción realiza el censor (STC 187/1999, FJ 5)[71]—. Tampoco puede sostenerse

que exista una imposición directa por parte de los poderes públicos de un *arte* apropiado o institucional y que denuesten (como reverso) las formas artísticas que no se correspondan con las consignas oficiales o institucionales[72]. La convulsión en el contexto social y el cambio de escenarios y roles ha generado una *mutación* de la censura. No se trata ya de la censura previa ejercida por los poderes públicos e instrumentalizada a través de la figura del censor (censura paternalista), sino de una censura más líquida que consiste en controlar que los contenidos (también artísticos) sean adecuados *para prevenir una eventual ofensa*. En esa mutación se ubica el discurso de *lo políticamente correcto* o la corriente (surgida en EE. UU.) de la llamada *cultura de la cancelación*, «[…] que ponen de relieve la aparición de dinámicas de control entre particulares, de carácter horizontal»[73].

En esa mutación de la censura se inscribe también el improcedente *aviso penal para artistas,* como aviso para navegantes, consistente en la instrumentalización de la ofensa a través de la interposición de querellas que, aun cuando sean archivadas, han generado ya un impacto psicológico, económico y social que lleva aparejado un efecto desaliento en el ejercicio del derecho y la consiguiente autocensura del creador desde el mismo momento de la incoación del proceso. Los efectos negativos de la autocensura en el ejercicio de la libertad de expresión y de información (debe añadirse, también, la creación artística) ya fueron puestos de relieve por el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, en la que subrayó los *efectos negativos indirectos* «[…] que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querella criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio»[74].

El efecto desaliento o *chilling effet* no es producto únicamente de ese exceso en la instrumentalización del proceso penal; lo es también de la presión social y/o político-institucional que se sitúa en el ámbito de la prevención de lo molesto y que podría considerarse como una manifestación de esa censura líquida o indirecta a la que he aludido anteriormente: administraciones públicas que retiran campañas publicitarias de exposiciones pictóricas porque las pinturas son *obscenas*, cancelaciones de actuaciones locales en espacios municipales porque el cartel que publicita la actuación ha generado polémica, retiradas de obras de ferias de arte por la (de nuevo) polémica que genera la obra, avisos de interposición de querellas contra la organización de exposiciones retrospectivas de artistas que juegan en su creación con la distorsión de elementos religiosos… constituyen, todos ellos, ejemplos del modo en que la discusión o la polémica se conciben como un elementos limitantes (censores) de la creación artística, sin apreciar que, precisamente, esa discusión (ese fragor) constituye un elemento intrínseco de los debates sociales y que debe distinguirse (y no confundirse) de lo que constituyen conductas ilícitas o delictivas.

En definitiva, en este nuevo contexto resulta preciso proceder a una resignificación del derecho a la libertad de creación artística, en el sentido de darle contenido a su singularidad y reflexionar sobre las nuevas formas y medios a través de los que se ejerce el derecho, prestando especial atención a la mutación de las censuras a fin de evitar que esa esencial

contribución a la diversidad cultural que aporta la creación artística se diluya en la uniformidad de lo socialmente *aceptable*.

NOTAS

1. Wagensberg (2007).

2. Eco ([2]1985: 56-58, 88-89, 100 y 106 ss.).

3. Bauman (2007: 15). Citando a Ortega y Gasset en la *Deshumanización del arte* («el poeta agranda el mundo al añadir a la realidad nuevos continentes de imaginación»), Bauman subraya que «autor» viene de *auctor* (el que aumenta) (*Ibíd.*: 17).

4. «[…] spell out uncomfortable truths, speak the unspoken and make the unseen visible — using their artistic and cultural means, and creating spaces for societal debate within and beyond the mainstream bodies of political discourse and in social media» (Manifesto on the Freedom of Expression of Arts and Culture in the Digital Era). Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/manifesto-on-the-freedom-of-expression-of-arts-and-culture-in-the-digital-era>.

5. *Ibíd.*

6. Define *cultura* como «el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias», (Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural).

7. Desde una perspectiva competencial, el art. 149.2 CE prevé que, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado *considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial.* Sobre la cláusula de *Estado democrático de cultura,* la función de los poderes públicos en este ámbito y la distribución de competencias en materia de cultura *vid.*, por todos, Vaquer Caballería (1998); y Prieto de Pedro (1992).

8. Sobre esta cuestión, *vid.*, por todos, Carmona Cuenca (2020). Sobre la caracterización y configuración de un *derecho a la cultura* (más que un derecho *de acceso* a la cultura) *vid.* Vaquer Caballería (2020). Disponible en: <http://www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/issue/view/117>.

9. Utilizo aquí el término de libertad de creación artística en un sentido amplio, incluyendo, por tanto, la libertad de creación y producción literaria, a la que también alude el art. 20.1.b) CE, desgajándola de la libertad de creación artística.

10. Por ejemplo, la Constitución alemana se refiere de forma expresa a la libertad de la cinematografía (junto a la libertad de prensa e información por los medios de comunicación) para, a continuación, añadir: «El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres». La Constitución Portuguesa diferencia de forma clara los derechos a la libertad de expresión e información (art. 37) y a la libertad de creación cultural (art. 42). En Francia, la reciente Ley n.º 2016-925, de 7 de julio, relativa a la libertad de creación, a la arquitectura y al patrimonio, dedica su primer artículo a declarar que «la creación artística es libre» y se ejerce en el marco de la regulación de la libertad de expresión. *Vid.* una aproximación comparada en Urías Martínez (2020: 343-370).

11. Haciéndose eco de este debate, Ruiz Palazuelos (2021: 16).

12. Research report on artistic freedom of expression (Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the freedom of opinion and expression, 24 Julio, 2020, Human Rights Council, General Assembly, United Nations. «The spectrum of artistic expression is wide and dynamic, ever-changing and expanding, and cannot be limited by some kind of transactional definition. Moreover, Article 19 of the ICCPR protects expressive media and, in the context of art, refers to "the form of art". This language avoids the difficult, often deeply contested and subjective problems of definition ('what is art?') by instead focusing on the expression's form. Put another way, whether one is considering painting, music, sculpture, film, photography, cartooning, performance, drama, comedy, or any other discipline (or non-discipline), digital or otherwise (and forms that cannot be identified or articulated today), the question is not, 'does this media have artistic merit or qualify as art?' Neither is it a value judgement ('is it good?' or 'is it of social benefit?'). To the contrary, Article 19(2) must be read to govern expression through any media, including artistic forms, regardless of how art itself is defined or evaluated. One cannot deprive a particular expressive work of protection by calling it, for instance, propaganda. Human rights law neither preferences nor prioritizes certain forms of expression over others; all are to be protected and promoted, with limitations subject to the same legal framework». Disponible en: <https://undocs.org/en/A/HRC/44/49/Add.2>.

13. STC 153/1985, de 7 de noviembre, en relación con la calificación por edades de espectáculos teatrales, que cuenta con el voto particular del magistrado Rubio Llorente apuntando ya a la especificidad del derecho. Según Rubio, «[…] ni la libertad de producción y creación literaria, artística, etc., es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo, ni la protección de la juventud y de la infancia es una función reservada en exclusividad al Estado, pues todos los poderes públicos —y las Comunidades Autónomas sin duda lo son— están sujetos a la Constitución (9.1 de la CE), ni, sobre todo, y esto es lo decisivo, hay en el Decreto impugnado limitación alguna de ningún derecho fundamental».

14. ATC 152/1993, de 24 de mayo.

15. STS n.º 50/2017, de 27 de enero de 2017 (rec. 2139/2015) dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con la publicación de varios artículos, que se presentan por la autora como una *autoficción,* y la afectación del derecho al honor de terceros. Se dicta en la línea ya marcada por la previa STS n.º 441/2014, de 29 de julio de 2015 (rec. 880/2014) en relación con la película sobre crimen de los marqueses de Urquijo.

16. Gombrich (1997: 463).

17. Expresión que utiliza la STC 43/2004, de 23 de marzo, en relación con la emisión del controvertido documental *Sumaríssim 477*, si bien en el ámbito de la creación científica, matizando dicha afirmación con la referencia al transcurso del tiempo, pero enfatizando, por otro lado, ese *especial saber técnico* que podría proyectarse también, en mi opinión, sobre la creación artística. «Es posible colegir [se afirma en la citada sentencia] que la libertad científica —en lo que ahora interesa, el debate histórico— disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que estas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquella, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión e información —pues no deja de ser una narración de hechos y una expresión de opiniones y valoraciones y, en consecuencia, información y libre expresión a los efectos del art. 20.1 a) y d) CE— se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos». *Vid.* sobre esta cuestión Urías Martínez, Joaquín (2018: 617-624).

18. Por todas, STC 142/2020, de 19 de octubre (con cita y síntesis de la doctrina constitucional previa).

19. STC 79/2014, de 28 de mayo, desestimatoria del recurso de amparo interpuesto por dos políticos en relación con las expresiones y comentarios de un periodista de radio que consideraban lesivas de su derecho al honor.

20. Por todas, *Bédat c. Suiza*, de 29 de marzo de 2016.

21. *Vid*. Ruiz Palazuelos (2021: 121-126).

22. «Nuestro texto se caracteriza por poner el acento en la acción innovadora en sí misma, con independencia de su naturaleza artística o científica», incluyendo explícitamente las facultades de producción y creación, «configurando un nuevo tipo de discurso público específicamente protegido que se suma a las libertades de expresión e información» y, desde luego, «la difusión de contenidos innovadores que implican una reflexión creativa» (Urías Martínez, 2020: 344 ss.).

23. En este sentido, STS de 26 de abril de 2017 (rec. 2012/2014), Sección Primera, Sala Civil.

24. Remarca el Tribunal Constitucional que no puede obviarse la condición de historiadora de la periodista y el hecho de que el proceso de investigación ha durado varios meses, apareciendo en él destacados historiadores que valoran los hechos narrados.

25. STJUE C-145/2010, *Painer,* de 1 de diciembre, en relación con la protección de fotografías (desde la perspectiva de la protección de la propiedad intelectual).

26. SAN n.º 20/2016, de 18 de julio (rec. 5/2016), Sala de lo Penal.

27. Condición de artista que, en cambio, el voto particular discrepante toma en consideración, precisamente, para exigirle *un mayor cuidado* en sus intervenciones: «Y todo ello desde la perspectiva de que el acusado es persona versada en medios de comunicación, cantautor, compositor músico de películas, guionista, director y productor de películas y con numerosas publicaciones, que por tales condiciones debe dar respuesta positiva a quienes le siguen a través de su cuenta Twitter».

28. «La prueba pericial de la defensa sobre el análisis de su obra ha permitido encuadrar su actividad artística, y los testigos que ha aportado han servido para corroborar que en su vida tanto profesional como privada no mantiene postulados de apoyo a grupos terroristas o a la violencia de cualquier tipo, aunque sí una actitud irónica y provocadora».

29. STS n.º 4/2017, de 18 de enero, Sala de lo Penal.

30. La citada STC 35/2020 otorga el amparo al constatar la ausencia del inexcusable análisis preliminar de si la conducta controvertida encaja en el ejercicio legítimo del derecho fundamental, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal; ausencia que comporta, por sí sola, la vulneración del derecho a la libertad de expresión.

31. En efecto, en este caso ni resulta apreciable su aportación cultural, ni concurre el elemento ficcional o de distorsión de la realidad ni se alumbra algo nuevo que innove o transforme la realidad más allá de la plasmación escrita de una opinión.

32. Como el llamado *mail art* (a través de cartas y postales) de Ray Jonhson, seguido por la artista Martha Rosler. En esas acciones cada una de las postales trascendía de su mero significado como medio de comunicación/recordatorio y formaban todas ellas parte integrante de una acción artística: por ejemplo, *Budding Gourmet* (postales enviadas a más de 300 personas cada 6 o 7 días) o sus novelas con postales. *Vid.* el catálogo de la primera retrospectiva de la artista (Alberro, 1999: esp. 90-95).

33. *Vid.* por ejemplo, sobre arte feminista, Reckitt (ed.) (2005), volumen que se asoma a las relaciones entre arte y feminismo, bien sea reivindicativo contra la opresión de las mujeres, bien sea expresivo de la vivencia en un cuerpo femenino en un determinado momento o lugar, explorando la diferencia sexual o las presunciones de género (*vid.* prólogo) y haciendo un recorrido por artistas como Guerrilla Girls, Martha Rosler, Valie Export o Marina Abramović.

34. Eco (1997).

35. Vázquez Alonso (2014: 89).

36. STS n.º 50/2017, de 27 de enero de 2017 (rec. 2139/2015), Sección Primera, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sentencia que constituye un ejemplo de declinación del concepto de obra *artística* y de aplicación de la jurisprudencia constitucional de la *preponderancia* del derecho para determinar si se encuentra ante el ejercicio a la libertad de expresión o el ejercicio a la libertad de información (profundamente imbricados) a fin de aplicar o no el criterio de veracidad.

37. STS n.º 498/2015, de 15 de septiembre (rec. 2347/2013), Sección Primera, Sala de lo Civil.

38. Alcantarilla Hidalgo (2018: 35-160).

39. Atanes (2020: 122). El autor narra las vicisitudes de la obra *Nekromantik 2* y de su autor Jörg Buttgereit. Al carácter irreverente del artista (el derecho a la irreverencia) se refiere también Vázquez Alonso (2014: 91). En la misma línea, Alcantarilla Hidalgo (2018).

40. Expresa Gombrich (1997: 480), refiriéndose a las vanguardias, pero con palabras que no han perdido vigencia, que «[…] el triunfo de las vanguardias llevó a los inconformistas a una contradicción. Era comprensible que los jóvenes estudiantes se sintieran provocados por los puntos de vista convencionales a hacer antiarte, pero tan pronto como el antiarte empezó a recibir apoyo oficial, se convirtió en Arte con mayúscula y, entonces, ¿qué quedaba por desafiar?». Y antes: «A partir del siglo XIX han sido muchos los artistas que se han proclamado luchadores contra el pomposo convencionalismo y que han hecho una bandera de la necesidad de epatar al burgués. Lo malo es que, mientras tanto, el burgués ha descubierto que quedarse pasmado resulta bastante divertido».

41. Alcantarilla Hidalgo (2018: 45) afirma lo siguiente: «El buen gusto ha quedado relegado al rango de mero valor moral del que nuestra doctrina constitucional ha dicho, al igual que de otras categorías como "la calidad literaria" o la "elegancia estilística", que no puede constituir un límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión o a la libertad de creación literaria».

42. Se trata del voto particular formulado a la STC 93/2021por la magistrada Balaguer Callejón en el que se apunta la necesidad de desarrollar un canon de enjuiciamiento específico basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que empieza a ser consolidada, citando, en este sentido, la STEDH de 16 de julio de 2013, asunto *Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia*; a la que pueden añadirse las recientes SSTEDH de 7 de diciembre de 2021, *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria* (ámbito de la libertad de prensa y anonimato en la red) o *Sánchez c. Francia*, (responsabilidad del titular de una cuenta de Facebook respecto de los comentarios de terceros).

43. *Vid.* Villaverde Menéndez (2018, esp. 604-610). En estas páginas el autor repasa y sintetiza los límites aplicados a la libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional.

44. Sobre la *moral pública* como límite a la libertad de creación artística, *vid.* Del Moral Sánchez (2016: esp. 6). En relación con el arte y la pornografía, en especial, respecto de la categoría de *obscenidad*, *vid.* Valero Heredia (2022), una exhaustiva monografía que ilustra con ejemplos la evolución de la jurisprudencia en Estados Unidos y en la Unión Europea y que aborda las intersecciones con el feminismo (y sus diferentes posturas) y con la protección de la infancia y de la juventud.

45. Sobre libertad de expresión y delito de odio en la jurisprudencia del TEDH, *vid.* Díez Bueso (2017: 37-64).

46. La Decisión de inadmisión del TEDH *M'Bala M'Bala c. Francia*, de 20 de octubre de 2015, subraya que el carácter artístico no puede ser invocado para eludir los límites y cometer actos ilícitos. Por esta razón, en relación con las manifestaciones antisemitas realizadas por un humorista desde el escenario al acabar su espectáculo, rindiendo homenaje a un conocido negacionista que había sido previamente condenado por cuestionamiento de delito contra la humanidad, el TEDH reconoce que, si bien la protección otorgada por el art. 10 CEDH se aplica igualmente a la sátira, el tono general de la obra y su «objetivo» tenían un marcado carácter negacionista que contraría los valores fundamentales del Convenio que son la justicia y la paz. Por ello aplica el enfoque de exclusión de protección (prohibición de abuso de derecho *ex* art. 17 CEDH) al considerar que se intenta utilizar el derecho a la libertad de expresión con fines contrarios a la letra y al espíritu del Convenio constatando que «[…] la velada había perdido su carácter de espectáculo de divertimiento para convertirse en un mitin», sin que el demandante pueda pretender que el mero hecho de haber actuado en la condición de artista a través de la sátira, el humor y la provocación le exonere de la aplicación del delito de odio. *Vid.*, sobre este particular, Díez Bueso (2017: esp. 33 ss.).

47. Falta de consenso europeo, integrado por las legislaciones de los Estados miembros y por las opiniones de expertos (consenso científico), que también subyacía en la inicial jurisprudencia del TEDH respecto del reconocimiento de la identidad sexual y la libre orientación sexual: por ejemplo, en la STEDH *Kopf c. Austria* (respecto del matrimonio homosexual) o *Fretté c. Francia* (en relación con la adopción de un menor por padres homosexuales).

48. Sobre el caso Krahe resulta de obligada lectura García Rubio (2014:397-453), en relación con el alcance y los límites de la libertad de creación artística y la libertad religiosa cuando entran en conflicto. *Vid*., también, Ramos Vázquez (2019), trabajo en el que se recoge la jurisprudencia en materia de escarnio, en relación no solo con el caso de Javier Krahe, sino también con Leo Bassi, el artista Abel Azcona, la procesión del llamado «coño insumiso», el calendario COGAM, etc., y se realiza una disección del artículo 525 CP y de las diferentes posiciones doctrinales respecto de su interpretación.

49. Auto del Juzgado de Instrucción de Pamplona 429/2016, de 10 de noviembre, confirmado por la Audiencia Provincial de Navarra (sección 1) en Auto de 4 de mayo de 2017.

50. SAN de 21 de febrero de 2017 (rec. 20/2016), Sección Segunda, Sala de lo Penal.

51. Comparto las consideraciones realizadas en este sentido por Vázquez Alonso (2014: 89) cuando sostiene: «Por ello son dos conceptos jurídicos tan indeterminados como la protección de la moralidad o de los sentimientos religiosos, y no derechos o bienes jurídicos concretos, los que han constituido los límites naturales a la libertad de expresión artística. Límites que creo que envejecen mal en el contexto de una sociedad pluralista que pueda reconocérsele un valor artístico no puede ser censurado por su obscenidad, su lascivia o su indecencia. Este ha sido, en gran medida, el razonamiento judicial que se ha impuesto en la jurisprudencia de la Corte de Suprema de los Estados Unidos, a través del *obscenity test* que establece en la conocida sentencia *Miller vs. California* y en virtud del cual, se excluye que puedan ser censuradas por obscenas, aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que, siendo subsumibles dentro del concepto de obscenidad, al ser valoradas en su conjunto muestren un serio valor artístico o literario». *Vid*., también, Díez Bueso (2017).

52. STC 79/2014, de 8 de mayo, desestimatoria del recurso de amparo interpuesto por los dos dirigentes políticos de ERC que alegan la vulneración de su derecho al honor (no reparado en sede judicial) como consecuencia de las expresiones del periodista Jiménez Losantos en su programa radiofónico.

53. Entiende el Tribunal Constitucional que la sanción, prevista en la ley, persigue una finalidad legítima —garantizando la dimensión colectiva de la libertad religiosa— y que la doctrina constitucional de interrupción del acto religioso es un elemento relevante —como lo fue, en sentido contrario (por ausencia de interrupción) en la SETDH dictada en el asunto *Mariya Alekhina y otras c. Rusia*—. Por todo lo anterior, concluye el TC que la conducta enjuiciada, atendiendo al lugar y al momento en que se materializó, no se encontraba dentro del ámbito objetivo de la protección de dichas libertades.

54. Concepto, este, que no resulta ajeno a la lógica jurídica pues se configura como uno de los elementos clave para moderar y limitar el acceso a determinados contenidos, en el ámbito del audiovisual o de la cinematografía, a fin de proteger el desarrollo físico, mental o moral de los menores: ya desde la Directiva 89/552/CEE (Directiva Televisión sin Fronteras) se enfatiza la necesidad de que los menores no vean habitualmente programas que incluyan escenas de pornografía y *violencia gratuita*, lo que se articula actualmente mediante el establecimiento de una serie de mecanismos de alerta y de clasificación por edades y de horarios protegidos a fin de proteger a la infancia y a la juventud.

55. Y añaden que «[…] aunque no pudiera justificarse la concurrencia de esa conexión entre la forma y el fondo de lo reclamado a través de los hechos expresivos objeto del proceso penal, ello no sería suficiente para considerar que esos hechos no eran legítimo ejercicio de la libertad de expresión, porque no se verifica, en este caso, que las expresiones utilizadas conllevaran riesgo alguno, claro e inminente, de provocar violencia o daño alguno».

56. Catálogo de exposición *Jasper Johns. Obra gráfica 1960-1985* (1987: 17).

57. En ocasiones, ese significado es *creado* a su vez por el comisario de la exposición, el marchante o cualquier otro intermediario entre el artista y el público. Por otro lado, el mensaje puede resultar más evidente y directo en *performances* político-artísticas o en obras de artistas implicados políticamente.

58. Sin tener en cuenta que se restringía el acceso a los mayores de 18 años y que los carteles realizados por la asociación que iba a proyectar la película advertían de la caricaturización de la religión cristiana en su contenido, elementos todos ellos en los que se fundamentó el criterio de los magistrados discrepantes. Esto es, existían elementos suficientes de información para coadyuvar a la elección y decisión del público.

59. Sentencia del Juzgado Central de lo Penal n.º 6, de 13 de noviembre, n.º 62/2007.

60. Sentencia n.º 746/2016, de 21 de diciembre, (rec. 765/2015), Sección Primera, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

61. *Vid*., en este sentido, la STC 27/2020, de 16 de abril, sobre derecho a la imagen y redes sociales.

62. Por ejemplo, *performances* como las realizadas por el accionismo vienés de Günter Brus o determinadas experiencias autolesivas, desde Chris Burden hasta Marina Abramović, en las que claramente se desborda el pretendido elemento ficcional, pues lo que se pretende, precisamente, es partir de una realidad hiriente que perturbe o despierte al público.

63. Timón Herrero (2021). Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/la-libertad-de-expresion-en-espana-hacia-una-resignificacion-del-derecho/>.

64. Prestando atención a los retos y problemas que plantean las sociedades contemporáneas y permitiendo su reflejo en la jurisprudencia; *vid*. STC 198/2012, de 6 de noviembre.

65. La constitución como *árbol vivo. Vid.* STC 198/2012 que declara la constitucionalidad del matrimonio homosexual.

66. En esta línea, o haciendo frente a esta necesidad de (re)significación —desde una posición programática o principial— la Carta de Derechos Digitales incluye una referencia explícita a *la libertad de creación*

y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital afirmándose (como no podía ser de otra manera) que la libertad de creación es aplicable al entorno digital y enfatizando, después, la necesidad de respeto de la propiedad intelectual y la promoción del acceso digital a las diversas manifestaciones artísticas y culturales de espacios públicos o de colaboradores.

67. Se modifican las percepciones y los conceptos de propiedad y las propias nociones clásicas de los derechos a la propiedad intelectual: integridad de la obra, retribución patrimonial, *non fungible tokens.*

68. Términos de uso que, con arreglo a la doctrina sentada en la STC 27/2020, no limitan *per se* el ejercicio de los derechos fundamentales, subrayándose, en primer lugar, que «[…] el entorno digital no es equiparable al concepto de "lugar público" del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el 18 CE» y, en segundo lugar, «[…] que los términos de uso se configuran como un contrato de adhesión (no negociado) que no cuenta con la suficiente claridad y resulta de difícil comprensión para el usuario, que apareciendo activado por defecto el mayor grado de publicidad».

69. Timón Herrero (2020).

70. Ramos Vázquez (2019: 42). El autor pone de manifiesto quiénes han sido algunos de los querellantes, fundamentalmente asociaciones o partidos políticos y rara vez creyentes individuales o congregaciones religiosas, señalando que, a su juicio, se trata de «[…] un repliegue identitario capitaneado por asociaciones que se autoerigen como guardianes de la ortodoxia, y lo hacen más por razones políticas que religiosas», (*Ibíd.*: 43).

71. También en las SSTC 52/1983, de 17 de junio, o 13/1985, de 31 de enero. Sobre el significado de censura desde una perspectiva constitucional, *vid.* Villaverde Menéndez (2018: 609-611).

72. Como ocurrió, por ejemplo, con la consideración como *arte degenerado* del arte moderno encarnado en artistas como Klee, Chagall, Van Gogh, Schiele, Mondrian, etc. en el régimen nazi o en las obras del cartelismo bolchevique.

73. Sobre la cultura de la cancelación, *vid.* Correcher Mira (2020: 166-191).

74. STC 199/1987, de 25 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con Ley Orgánica contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERRO, Alexander (1999): «La dialéctica de la vida cotidiana», *Martha Rosler. Posiciones en el mundo real* (1999), Catálogo, Edición a cargo de Cathérine de Zegher, Barcelona: MACBA, 73-112.
ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando J. (2018): «Insurgencia y contenidos ofensivos: sobre los límites del arte», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2018*, 35-160.
ATANES, Carlos (2020): «Yo me caí de la cama de Jörg Buttgereit», *Solaris. Textos de Cine (Cine que hoy no se podría rodar)*, 4, 120-128.
BAUMAN, Zygmunt *et al.* (2007): *¿Arte ¿líquido?,* Madrid: Sequitur.
CARMONA CUENCA, Encarnación (2020): «El derecho a la igualdad y los derechos sociales», *Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional: los retos,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 135-188.
CORRECHER MIRA, Jorge (2020): «Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 28, 166-191.

DEL MORAL SÁNCHEZ, Alfonso (2016): «Niños y bestias en el arte y el papel de la moral pública como límite a la creación artística», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*,4, 3-25.
DÍEZ BUESO, Laura (2017): *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y en Europa: entre la expresión y el discurso del odio,* Valencia: Tirant Lo Blanc.
ECO, Umberto ([2]1985): *Obra Abierta,* Barcelona: Ariel.
– (1997): *Sis passejades pels boscos de la ficció,* Barcelona: Destino.
GARCÍA RUBIO, María Paz (2014): «Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)», *Anuario de Derecho Civil,* 67(2), 397-453.
GOMBRICH, Ernst H. (1997): *La historia del arte,* Nueva York: Phaidon Press Limited.
JOHNS, Jasper (1987): *Jasper Johns, obra gráfica 1960-1985,* Madrid: Ministerio de Cultura y Ediciones el Viso.
PRIETO DE PEDRO, Jesús (1992): *Cultura, culturas y Constitución,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
RAMOS VÁZQUEZ, Antonio (2019): «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 21-17, 1-49.
RECKITT, Helena (ed.) (2005): *Arte y feminismo,* Londres: Phaidon Press.
RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y E. CASAS BAAMONDE (dirs.) (2018): *Comentarios a la Constitución Española*, t. I, XL Aniversario; Madrid: Ed. Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional, Ministerio de Justicia y Fundación Wolters Kluwer. De este volumen, en particular:
– Villaverde Menéndez, Ignacio: «Artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5 La libertad de expresión», 581-614.
– Urías Martínez, Joaquín: «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», 617-624.
RUIZ PALAZUELOS, Nuria (2021): «La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? (*L'oiseau rebelle* en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional» *Revista de Administración Pública*, 215, 111-142.
TIMÓN HERRERO, Marta (2020): «El cine que ofende: censura pública, censura privada y autocensura», *Solaris. Textos de Cine (Cine que hoy no se podría rodar),* 4, 210-221.
– (2021): «La libertad de expresión en España ¿hacia una resignificación del derecho?», [en línea] <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/la-libertad-de-expresion-en-espana-hacia-una-resignificacion-del-derecho/>.
URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín (2020): «La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 343-370.
VALERO HEREDIA, Ana (2022): *La libertad de la pornografía,* Sevilla: Athenaica Ediciones.
VAQUER CABALLERÍA, Marcos (1998): *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española,* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
– (2020): «El derecho a la cultura y el disfrute del patrimonio cultural», *Revista PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, 101 [en línea] <http://www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/issue/view/117>.
VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. (2014): «La libertad de creación artística. Una aproximación», *Estudios de Deusto* 62(2), 73-92.
WAGENSBERG, Jorge (2007): *El gozo intelectual. Teoría y práctica sobre la inteligibilidad y la belleza*, Barcelona: Tusquets.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.

ESTUDIOS

La Constitución, una asignatura pendiente
Ignacio Durbán Martín
Imágenes cinematográficas para una teoría del Derecho de inspiración sociológica
Jesús García Cívico

LA CONSTITUCIÓN, UNA ASIGNATURA PENDIENTE
THE CONSTITUTION, A PENDING SUBJECT

Ignacio Durbán Martín
Profesor Ayudante Doctor de Derecho constitucional
Universitat de València

RESUMEN

La Constitución española de 1978 nunca ha sido objeto específico de estudio en los niveles obligatorios del sistema educativo. Los gobiernos de uno y otro signo se han limitado a incluir, por la vía de los denominados enfoques transversal e integrado, referencias esporádicas a la norma fundamental en los currículos de las etapas formativas preuniversitarias. Como consecuencia de esta política educativa, la mayor parte de la ciudadanía española desconoce casi todo acerca del vigente ordenamiento constitucional y así lo vienen demostrando, desde hace años, numerosos estudios demoscópicos. Partiendo de tales premisas, se hace preciso reflexionar sobre la conveniencia de implementar la educación constitucional como una materia autónoma en el marco de las enseñanzas medias. Y ello en el entendido de que una asignatura de este tipo desempeñaría, junto a otras igualmente encaminadas a promover la adquisición de competencias ciudadanas, un importante papel en la defensa y el fortalecimiento de nuestro sistema democrático.

PALABRAS CLAVE

Constitución, ciudadanía, educación cívica, democracia, legislación educativa.

ABSTRACT

The Spanish Constitution of 1978 has never been a specific object of study in the compulsory levels of the educational system. The governments of different parties have limited themselves to including, through the so-called transversal and integrated approaches, sporadic references to the fundamental norm in the curricula of the pre-university training stages. As a consequence of this educational policy, most of the Spanish citizens are unaware of almost everything about the current constitutional order and this has been demonstrated for years by numerous demographic studies. Starting from these premises, it is necessary to reflect on the convenience of implementing constitutional education as an autonomous subject within the framework of secondary education. And this with the understanding that a subject of this type would play, together with others also aimed at promoting the acquisition of civic competences, an important role in the defense and strengthening of our democratic system.

KEYWORDS

Constitution, citizenship, civic education, democracy, educational legislation.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.045

LA CONSTITUCIÓN, UNA ASIGNATURA PENDIENTE

Ignacio Durbán Martín
Profesor Ayudante Doctor de Derecho constitucional
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. La enseñanza de la Constitución de 1978 en las aulas: breve crónica de una ausencia. 2.1. El fundamento (indirecto) del artículo 27.2 CE. 2.2. La Ley 19/1979 sobre el conocimiento del ordenamiento constitucional. 2.3. Las sucesivas etapas: unos por otros, la Constitución sin explicar. 2.4. El panorama resultante: una Constitución desconocida. 3. La inclusión del estudio del ordenamiento constitucional en las enseñanzas medias: algunas consideraciones y propuestas. 3.1. Especificidad curricular y delimitación del enfoque. 3.2. Educación constitucional y fomento del espíritu crítico. 3.3. El fantasma del adoctrinamiento en las aulas. 3.4. Un breve apunte sobre la idoneidad del profesorado. 3.5. ¿Y constitucionalizar un mandato expreso? Notas. Bibliografía.

> «Hablemos de vos, Emilio. Aspiráis al estado de esposo y padre, ¿pero habéis pensado en vuestras obligaciones? Haciéndoos cabeza de familia, os vais a hacer miembro del Estado. ¿Y qué es ser miembro del Estado? ¿Lo sabéis? Habéis estudiado vuestras obligaciones de hombre, ¿pero conocéis las de ciudadano? ¿Sabéis qué cosa es Gobierno, leyes y patria?
>
> ¿Sabéis a qué precio os es lícito vivir y por quién debéis morir? Creéis que todo lo habéis aprendido y todavía no sabéis nada. Antes de tomar asiento en el orden civil, aprended a conocerlo y a saber qué puesto os corresponde»
>
> Jean Jacques Rousseau, *Emilio o De la educación* (1762)

1. INTRODUCCIÓN

En vísperas de las elecciones generales de abril de 2019, Albert Rivera, a la sazón candidato por Ciudadanos a la presidencia del Gobierno de España, propuso la implantación en nuestro sistema educativo de una nueva asignatura troncal y obligatoria centrada en la enseñanza de la Constitución española. La propuesta, que tuvo menos eco social y mediático del que quizás hubiera merecido, no convenció en absoluto a la por aquel entonces ministra de Educación y Formación Profesional, Isabel Celaá, que no dudó en tildarla de superflua arguyendo que la Constitución era ya objeto de estudio en todos los institutos

españoles como parte del currículo de ciencias sociales. Fue esta una réplica bastante endeble, pues, como habrá ocasión de comprobar en las páginas que siguen, la enseñanza de la Constitución en nuestras escuelas e institutos tenía en ese momento —y sigue teniendo tras la promulgación de la LOMLOE— más de espejismo que de auténtica realidad palpable.

Así ha sido, a decir verdad, desde los inicios del actual periodo democrático. Y es que, a poco que se indague en la normativa que ha regulado el ámbito educativo español durante las cuatro últimas décadas, se advierte que la presencia del texto constitucional en los niveles de enseñanza preuniversitaria ha sido, en el mejor de los casos, anecdótica. En efecto, los contenidos de índole propiamente constitucional que se han impartido en nuestras aulas de primaria y secundaria a lo largo de todo este tiempo han sido siempre escasos y diluidos en el amplio marco de la ética, la historia o, incluso, la geografía. Y esta es, precisamente, la cuestión que algunas voces vienen criticando desde hace años: la inexistencia de una materia específica dirigida a la enseñanza de la Constitución.

En el presente trabajo se examinan los principales —y no siempre conocidos— hitos que han jalonado este debate político, social y académico. Y debo advertir, aunque creo que su título ya lo refleja con claridad, que mi análisis no asume una posición equidistante, sino que parte del convencimiento de que es necesario introducir en nuestras enseñanzas medias una asignatura específica en la que se expliquen, de forma clara y directa, no solo la Constitución española de 1978 y los respectivos estatutos de autonomía, sino también el funcionamiento de la Unión Europea, pues, pese a que esta carece de naturaleza *constitucional*, las decisiones adoptadas en su seno condicionan enormemente la realidad política, jurídica y económica de nuestro país. De modo que la asignatura cuya implantación defenderé aquí no se limitaría a la enseñanza del vigente texto constitucional, sino que ofrecería un panorama más amplio del modo en que el ordenamiento jurídico articula los derechos y libertades, las instituciones políticas o la estructura territorial del Estado.

Quienes han estudiado este asunto con detalle coinciden en que la educación en materias constitucionales —que suele categorizarse como una especie dentro del género de la educación cívica— es uno de los mecanismos clave para robustecer la democracia en un momento histórico en que sus fundamentos se hallan amenazados por factores diversos como el creciente proceso de atomización social, la crisis de algunas instituciones democráticas tradicionales o la actual marea de manipulación que contamina el espacio de la comunicación política. Precisamente en este contexto de progresiva erosión de la democracia constitucional, considero particularmente idónea la implementación de una asignatura obligatoria que promueva las habilidades necesarias para el buen gobierno de lo público y fomente, al mismo tiempo, el compromiso con los valores democráticos[1].

2. LA ENSEÑANZA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 EN LAS AULAS: BREVE CRÓNICA DE UNA AUSENCIA

2.1. EL FUNDAMENTO (INDIRECTO) DEL ARTÍCULO 27.2 CE

Quizás convenga, primeramente, ofrecer alguna explicación liminar acerca de lo que la vigente Constitución establece en materia de educación constitucional en escuelas e institutos. En este punto, hay que partir de una constatación: la norma fundamental no prescribe explícitamente que su propio articulado haya de ser objeto específico de aprendizaje en ninguna etapa de la formación reglada. Lo que sí contiene, en su art. 27.2, es un mandato genérico o de amplio espectro cuya relación con el tema que aquí se aborda queda fuera de toda duda (Sánchez Ferriz y Jimena Quesada, 1995). El citado precepto, breve pero enjundioso, dispone que la educación tiene como finalidad «[…] el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Según la interpretación comúnmente aceptada, tal inciso consagra el «ideario educativo de la Constitución», que es la fórmula que acuñó Tomás y Valiente hace ya cuatro décadas[2] para poner de relieve que la Constitución de 1978 no es ideológicamente neutral en el campo de la educación.

En efecto, el art. 27.2 CE somete a la educación a la finalidad obligatoria de orientarse al pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los derechos fundamentales y a los principios democráticos de convivencia[3]. Ese acervo axiológico debe impregnar, por imperativo constitucional, las sucesivas fases de la enseñanza y erigirse en principio rector del proceso formativo de todo individuo. A este respecto, suele apuntarse que no solo existen obligaciones negativas o de respeto con relación al mencionado ideario, es decir, una prohibición de su menoscabo, sino que resulta igualmente exigible un compromiso activo de sujetos públicos y privados con su promoción. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha avalado, en líneas generales, esta interpretación del art. 27.2 CE al afirmar que «[…] la enseñanza ha de servir a determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva» (STC 5/1981, FJ 7), e igualmente al subrayar —con mayor rotundidad si cabe— que la educación no se reduce «[…] a un proceso de mera transmisión de conocimientos, sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros» (STC 133/2010, FJ 7).

Ahora bien, a efectos de lo que aquí interesa, debe recalcarse que el art. 27.2 CE tan solo impone la transmisión de ese ideario educativo constitucional, es decir, que no obliga, en ningún caso, a que la Constitución propiamente dicha haya de contar con un espacio predeterminado en los planes de estudio. O, dicho en otras palabras, el art. 27.2 CE exige el fomento —directo o indirecto— de una serie de valores y principios consagrados en el texto constitucional, pero no la enseñanza de este en sentido estricto. Lo que ocurre

es que la promoción del ideario educativo constitucional también puede llevarse a cabo, como parece obvio, mediante la enseñanza directa y expresa de la letra de la Constitución y de otras fuentes normativas de singular relevancia. Y, como ahora veremos, no fueron pocos quienes, en los primeros compases de la actual etapa democrática, partieron del convencimiento de que no había mejor modo de inculcar al estudiantado la cultura de la democracia y de los derechos humanos que promoviendo directamente la enseñanza del ordenamiento constitucional de 1978.

2.2. LA LEY 19/1979 SOBRE EL CONOCIMIENTO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

En las postrimerías de la legislatura constituyente, el Gobierno de UCD presentó ante el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley que pretendía implantar la enseñanza del recién promulgado ordenamiento constitucional en la educación reglada no universitaria. Su tramitación no llegó a producirse debido a la disolución anticipada de las Cortes Generales decretada el 29 de diciembre de 1978[4]. Así pues, decaído el citado Proyecto de Ley por extinción adelantada de la legislatura, el Gobierno volvió a presentarlo coincidiendo con el arranque de la siguiente —que, como es sabido, se considera, a efectos de cómputo, la primera del actual periodo democrático—. La tramitación de la norma se inició en la Cámara Baja en mayo de 1979 y, si bien es cierto que dio lugar a un acalorado debate —al cual me referiré a continuación—, también lo es que el *iter* parlamentario discurrió sin incidencias de calado y que en apenas seis meses se promulgó la Ley 19/1979, de 3 de octubre, por la que se regula el conocimiento del ordenamiento constitucional en Bachillerato y en Formación Profesional de primer grado.

Una ley escueta (tres artículos, una disposición final, dos derogatorias y una adicional), pero suficiente —al menos *prima facie*— para vehicular la incorporación del estudio del ordenamiento constitucional a las enseñanzas medias. Su artículo primero hacía expresa referencia a la inclusión en los planes de estudio del «[…] conocimiento del ordenamiento constitucional en general y su desarrollo estatutario en las nacionalidades y regiones que tengan aprobado Estatuto de Autonomía». Y, más específicamente, su artículo tercero disponía que tales contenidos estarían orientados «[…] fundamentalmente a proporcionar a los alumnos una información suficiente de los derechos y libertades que integran la Constitución Española, así como los contenidos en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por España; la organización del poder en el Estado español y su estructuración territorial». Se observa, pues, que el legislador partía de una concepción amplia del ordenamiento constitucional, en la medida en que propugnaba la enseñanza tanto de su vertiente orgánica como dogmática. Y es que, ciertamente, esta ley tenía toda la apariencia de estar asentada sobre premisas sólidas y de perseguir objetivos laudables.

Sin embargo, la norma contenía un vicio oculto —o tal vez no tan oculto— que afectaba a su globalidad y que, como vislumbraron con nitidez sus críticos en aquel momento, iba a dificultar —o, más bien, a frustrar por completo— la pretendida enseñanza del ordenamiento constitucional. Era un vicio que, conviene aclararlo, no existía en la génesis

gubernamental de la ley, pues se adhirió a esta durante su tramitación parlamentaria. En el proyecto remitido inicialmente al Parlamento —cuya autoría se atribuye a Íñigo Cavero, por aquel entonces ministro de Educación y Ciencia de UCD[5]— se hablaba de conceder al estudio del ordenamiento constitucional una «materia» específica en los planes educativos[6]. Sin embargo, en los primeros compases del debate parlamentario, la propia UCD introdujo una modificación sustancial en el texto (que ya permanecería en él hasta su promulgación) consistente en sustituir el término «materia» por la noción —notablemente más ambigua— de «enseñanzas»[7]. Con este sencillo cambio se sustituía la exigencia legal de una asignatura sobre ordenamiento constitucional en la educación preuniversitaria por un lánguido mandato que posibilitaba —y, en opinión de algunos, buscaba deliberadamente— la diseminación de este tipo de contenidos en una constelación de asignaturas del área social y antropológica de bachillerato o del área formativa común de formación profesional.

Todo apunta a que este desconcertante viraje político fue consecuencia del relevo que se produjo al frente del Ministerio de Educación y Ciencia en la primavera de 1979, cuando el anteriormente mencionado Íñigo Cavero fue sustituido por José Manuel Otero Novas, hasta ese momento ministro de la Presidencia en el gabinete de Suárez. Y es que, aunque no se conocen todos los detalles, sabemos que fue el propio Otero Novas quien, tras asumir la cartera de Educación, promovió una serie de cambios sustantivos en diversos proyectos de ley que se habían remitido al Parlamento durante el mandato de su predecesor en el cargo. En sus memorias, Otero Novas (2015: 251) afirma lo siguiente:

> «Mi antecesor y amigo Íñigo Cavero dejó redactados tanto el proyecto de la LOECE como otro de la Ley para Financiación de la Enseñanza Obligatoria. Los conservé en el Parlamento, aunque introduje cambios en aquellos proyectos con enmiendas propias. No me gustó leer en prensa, no sé si fue verdad, que Íñigo le había dicho al PSOE que realmente había mandado los proyectos al Parlamento con ánimo de consensuar con la izquierda sus principios, significando que él no los habría mantenido como yo».

Como puede observarse, nada se dice en este fragmento del Proyecto de Ley que aquí interesa, pero es plausible pensar que con él ocurriese lo mismo que con los que sí se citan expresamente, sobre todo si tenemos en cuenta lo que, a propósito de este asunto, dijo el diputado socialista Francisco Ramos Fernández-Torrecilla en el debate parlamentario sobre la ley en cuestión: «¿Cuál ha sido la causa que ha motivado este cambio tan fundamental en el proyecto, este cambio en la filosofía del proyecto, esta tergiversación del proyecto inicial remitido por el Ministerio Cavero, que no ha sido posteriormente asumido por el actual titular del Departamento?»[8]. Debe precisarse que la documentación parlamentaria disponible no permite desentrañar el modo en que se produjo la modificación clave sobre el Proyecto de Ley original, pues no se conoce con exactitud lo que aconteció entre la tramitación inicial del texto primigenio (BOCG, 01/06/1979) y el dictamen de la comisión donde ya se había operado dicho cambio (BOCG, 24/07/1979). Sea como fuere, lo cierto es que una iniciativa gubernamental que, en su origen, convencía a la mayoría de las fuerzas políticas, se trocó en decepción para algunas de ellas a la vista de este inesperado golpe sufrido en los primeros compases de su tramitación en el Congreso de los Diputados.

No es, pues, de extrañar que el ulterior debate parlamentario se desarrollase en un clima de cierta aspereza y crispación. El citado Francisco Ramos Fernández-Torrecilla lamentaba que, tras la modificación del proyecto inicial, el aprendizaje del ordenamiento constitucional había quedado articulado de una «manera etérea», lo cual era, en su opinión, reprochable, pues no iba a permitir a los estudiantes adquirir «[…] ni siquiera el mínimo conocimiento exigible de cuál es la Constitución por la que se rige este país»[9]. En esta línea, el senador Ramiro Cercós Pérez —del Grupo Mixto— apuntaba que diluir el conocimiento del ordenamiento constitucional «en una multiplicidad de asignaturas […] no es dar el tratamiento de altura que necesita la enseñanza de la Constitución para la consolidación del régimen democrático», apostillando que «[…] es lamentable que […] vayamos a despachar este proyecto que realmente es etéreo, que no se le ve un alcance y un contenido y que verdaderamente no va a conseguir poner en marcha a España y al pueblo español en el camino de esa cultura democrática»[10]. Por su parte, el también senador socialista José Vicente Beviá Pastor reiteró que suponía un desatino «[…] la inclusión de unas imprecisas enseñanzas sobre ordenamiento constitucional», y subrayó la inconveniencia de mantener esta materia «[…] diseminada en una serie de asignaturas con programas muy recargados»[11].

También hubo alguna intervención dedicada a esclarecer los posibles porqués de la decisión sobrevenida de fragmentar el aprendizaje del Derecho constitucional. La diputada comunista Eulàlia Vintró Castells habló con suma rotundidad: «Ha sucedido, simplemente, que al Grupo del Gobierno le ha parecido que la enseñanza de la Constitución podía ser, pienso yo, peligrosa»[12]. En sintonía con estas palabras, el diputado socialista Francisco Ramos Fernández-Torrecilla afirmó que «[…] hay quien tiene mucho miedo de incluir estas enseñanzas»[13]. Con más contundencia todavía, el senador socialista Juan José Laborda habló de «[…] la desconfianza antropológica de la derecha española al estudio de aquellas normas, de aquellos textos, de aquellas materias y de aquella ciencia que puede servir de base para un mejor conocimiento y una mejor profundización crítica de la realidad»[14]. De modo que la bancada izquierdista —o, al menos, parte de ella— consideró y manifestó abiertamente que la operación de torpedear, mediante su deconstrucción, la enseñanza del ordenamiento constitucional no obedecía sino a un temor atávico de la derecha al potencial emancipador que para la ciudadanía puede tener el conocimiento de los derechos fundamentales y de las estructuras del poder político.

Pues bien, frente a tales embates de la oposición, la mayoría parlamentaria que daba sustento al Gobierno no se esmeró en articular una defensa demasiado convincente del controvertido ajuste operado sobre el texto original. Así, entre otras intervenciones, puede destacarse la de la diputada gallega de UCD Nona Inés Vilariño Salgado, quien apenas señaló que «[…] para que la Constitución sea asimilada como debe serlo por los alumnos, es más aconsejable, sobre todo en esos primeros años, un carácter interdisciplinar que un carácter de materia separada del plan de estudios»[15]. O la de la senadora democristiana María Pilar Salarrullana de Verda, quien igualmente afirmó no querer «poner tabiques al saber», subrayando la idea de que un «contexto integral» era el adecuado para «enseñar y aprender nuestra Constitución». Además, arguyó —y no fue la única— que, si la enseñanza de la Constitución se articulaba «como una asignatura obligatoria», se produciría «[…]

el rechazo del alumno que entonces sí que vería en ella una "maría" sustituta de la antigua "maría FEN", como llamaban a la Formación del Espíritu Nacional»[16].

Otro hecho destacable fue la coincidencia de parlamentarios socialistas y comunistas en su pretensión de ir aún más lejos que el texto primigenio —que consideraban un razonable punto de partida, pero susceptible de algunas mejoras— garantizando la existencia no de una, sino de dos asignaturas complementarias relativas a materias político-constitucionales: «Introducción a las Ciencias Políticas y Sociales» e «Instituciones Políticas y Ordenamiento Constitucional Español e Internacional»[17]. Sin embargo, las enmiendas en cuestión fueron rechazadas y, en consecuencia, esta iniciativa conjunta (tildada de totalitaria por algunas parlamentarias de la derecha[18]) no prosperó.

Expuesto ya el problema fundamental de este texto legal[19], solo resta señalar que, paralelamente a su tramitación parlamentaria —y antes, por tanto, de su entrada en vigor—, fueron aprobadas sendas Circulares del Ministerio de Educación y Ciencia (núms. 4 y 5, de septiembre de 1979) que reflejaban, anticipándolo, el contenido de la ley[20]. Las dos circulares recogían los planes iniciales para definir la enseñanza de la Constitución y fijaban, respectivamente, su ámbito de aplicación en el bachillerato y en la formación profesional. Las circulares especificaban, asimismo, que no se dotaría al ordenamiento constitucional de una «materia específica», dato que revela hasta qué punto la desnaturalización del proyecto originario pudo guardar relación con el mencionado traspaso de cartera ministerial.

2.3. LAS SUCESIVAS ETAPAS: UNOS POR OTROS, LA CONSTITUCIÓN SIN EXPLICAR

Desde aquel entonces, como es sabido, una vorágine normativa se ha cebado con el ámbito de la enseñanza en nuestro país. Y no me refiero al copioso caudal de regulación educativa proveniente de las distintas administraciones autonómicas, sino a la descontrolada e inacabable sucesión de leyes orgánicas y desarrollos reglamentarios que, desde hace décadas, vienen aprobando, respectivamente, las Cortes Generales y el Gobierno estatal. Son, en efecto, las instancias centrales de poder, encargadas *ex* art. 149.1.30.ª CE de delinear los grandes principios de actuación en materia educativa, las responsables de los vaivenes legislativos y reglamentarios que, cada pocos años y a menudo coincidiendo con los cambios de signo político en la Moncloa[21], incrementan la complejidad del sistema educativo en su conjunto. No interesa, empero, profundizar aquí en el tan traído y llevado carácter pendular de dicha normativa, pues, en lo que a educación constitucional se refiere, las fuerzas políticas mayoritarias han mantenido una línea de acción —o, mejor dicho, de inacción— bastante similar y, en consecuencia, no cabe hablar de oscilaciones reseñables en este concreto ámbito.

La realidad es que, a lo largo de estos cuarenta años de contienda partidista en materia educativa, la presencia de la Constitución en los niveles de enseñanza preuniversitaria nunca ha pasado de ser algo testimonial y secundario. La *vieja* Ley 19/1979 —que sería degra-

dada a rango reglamentario por la Disposición final cuarta de la LOGSE— promovió deliberadamente, como se ha visto, la dispersión de estos contenidos y, desde aquel momento, ninguna ley educativa ha tratado de superar esa dinámica disgregadora: los gobiernos de uno y otro signo han descartado la opción de vehicular este tipo de contenidos a través de una concreta asignatura y se han limitado a incluir, por la vía de los denominados enfoques transversal e integrado, ocasionales referencias a la Constitución.

Por lo que respecta al enfoque transversal, que no se identifica con áreas curriculares específicas, sino con todas ellas en general, tratando así de involucrar al conjunto del profesorado en las tareas de enseñanza, resulta paradigmático el derogado art. 18.6 de la LOE, según el cual «la educación cívica y constitucional» había de estar presente «en todas las áreas»[22]. O también el art. 6.2 del Real Decreto 1105/2014 por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato —todavía en vigor— que, en desarrollo del precepto legal anteriormente mencionado, dispone que las administraciones educativas «fomentarán», entre otras cuestiones, «[…] el aprendizaje de […] los valores que sustentan la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político, la paz, la democracia, el respeto a los derechos humanos, el respeto a los hombres y mujeres por igual, a las personas con discapacidad y el rechazo a la violencia terrorista, la pluralidad, el respeto al Estado de derecho, el respeto y consideración a las víctimas del terrorismo y la prevención del terrorismo y de cualquier tipo de violencia». En realidad, no existen consecuencias prácticas de este tipo de preceptos, pues son meras cláusulas programáticas que a nada obligan a la hora de diseñar currículos y programas, como la experiencia de estas últimas décadas ha demostrado.

El enfoque integrado, en cambio, implica la subsunción de ciertos contenidos de naturaleza constitucional en el currículo de asignaturas vinculadas, por lo general, al área de ciencias sociales. Lo que ocurre es que tales materias suelen contar con programas docentes muy abigarrados donde los ya de por sí escasos contenidos referidos al ordenamiento constitucional tienden a desdibujarse y a perder todo viso de trascendencia. Sin duda, el supuesto más reseñable es el de la asignatura Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos (en adelante, EpC), creada por el PSOE en 2006 bajo el paraguas de la LOE y suprimida por el PP en 2013 tras la promulgación de la LOMCE. Y es que, pese a su prometedora denominación e innegable potencial, aquella materia no fue en la práctica un instrumento idóneo para subsanar, ni siquiera parcialmente, el histórico déficit formativo en materias constitucionales, pues, como reveló un interesante análisis realizado durante su corta etapa de vigencia (González Santamaría, 2012)[23], la Constitución adolecía de un tratamiento exiguo e inconveniente en los libros de texto publicados por las principales editoriales. Este hecho difícilmente se hubiera producido si el diseño normativo de la materia hubiera otorgado, desde un inicio, mayor protagonismo a los aspectos netamente constitucionales del temario[24]. Tal vez por ello, cuando en 2012 el ministro José Ignacio Wert realizó su primera comparecencia ante la Comisión de Educación y Deporte del Congreso de los Diputados, anunció que iba a sustituir la asignatura en cuestión por otra «con mayor peso de la Constitución» denominada «Educación Cívica y Constitucional»[25]; si bien, como sabemos, esta última nunca llegaría a incorporarse al currículo educativo[26].

Actualmente, el enfoque integrado puede hallarse en asignaturas como Educación en valores sociales y cívicos, prevista en el todavía vigente Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la Educación Primaria; o también en Educación en valores cívicos y éticos, creada por la LOMLOE, que se impartirá a partir del curso 2022-23.

No han faltado tampoco disposiciones como la del vigente art. 6.2 de la LODE que, en la línea de sus antecedentes normativos[27], dispone: «Todos los alumnos y alumnas tienen el derecho y el deber de conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de formarse en los valores y principios reconocidos en ellos». Sin embargo, cuando se lee con detenimiento un precepto como el transcrito, se advierte que solo obliga a garantizar el conocimiento de «la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía» con el fin de que el alumnado se forme «en los valores y principios reconocidos en ellos», es decir, que únicamente exige la transmisión del ideario educativo de la Constitución —consagrado, como sabemos, en el art. 27.2 CE— y no la enseñanza del ordenamiento constitucional *stricto sensu*. Y es que, conviene subrayarlo una vez más, la inclusión de este último en los planes de estudio no ha sido nunca —si obviamos, quizás, el *proyecto Cavero*— un objetivo que los poderes públicos se hayan planteado acometer de forma efectiva.

Y si descendemos, en último término, al plano autonómico lo cierto es que, dejando a un lado ciertas iniciativas pedagógicas dignas de elogio que no analizaré aquí[28], el panorama no presenta diferencias significativas. Pero es que las administraciones autonómicas no habrían de ser, en ningún caso, las instancias responsables de velar por la enseñanza del ordenamiento constitucional en su respectivo ámbito territorial. Es al Estado a quien, en buena lógica, debe corresponder esta tarea, pues lo deseable es, sin duda, que esta formación se garantice en el conjunto del territorio nacional, y solo el Estado dispone de las herramientas competenciales necesarias para hacerlo[29].

2.4. EL PANORAMA RESULTANTE: UNA CONSTITUCIÓN DESCONOCIDA

Así las cosas, a lo largo de las cuatro últimas décadas, sucesivas generaciones de alumnos han concluido sus estudios mínimos obligatorios sin apenas haber oído hablar de derechos y libertades, instituciones políticas o estructuración territorial del Estado; es decir: desconociéndolo prácticamente todo acerca de nuestro ordenamiento constitucional. Este déficit curricular y formativo ha podido constatarse con claridad en diversos estudios del CIS como los que, sin ánimo de exhaustividad, cito a continuación. De entrada, puede mencionarse una pregunta incluida en el barómetro ordinario del mes de noviembre de 2012, pues ilustra a la perfección lo que aquí se está tratando: «¿Cree Ud. que durante este tiempo [desde 1978 hasta ese momento] ha existido mucha, bastante, poca o ninguna preocupación porque en las escuelas y colegios los niños y niñas conozcan las ideas fundamentales de nuestra Constitución?». Pues bien, el 76,2 % de los encuestados respondió que «poca» (46,1 %) o «ninguna» (30,1 %)[30]. Por otra parte, cuando el CIS

ha preguntado a los españoles qué grado de esfuerzo consideran que han realizado los sucesivos gobiernos desde 1978 para dar a conocer la Constitución (pregunta formulada siete veces desde 1986, siendo la última en 2012), una amplia mayoría ha respondido que se ha hecho «poco» o «nada» para la consecución de dicho objetivo (nada menos que un 85,7 % de los encuestados en 2012)[31]. Y cuando se ha preguntado a los ciudadanos qué grado de conocimiento piensan que tienen —a título individual— de la vigente Constitución (lo cual ha ocurrido diecinueve veces desde 1984, siendo la más reciente en 2012), la respuesta mayoritaria ha sido que la conocen «casi nada» o «muy poco» (el 64,5 % de los encuestados se decantó por una de estas dos opciones la última vez que esto se preguntó); algo menos de un tercio considera que la conoce «por encima» (un 26,3 % en la última encuesta); y solo una minoría, que suele rondar el 10% (en 2012 fue un 8,7 %), declara conocerla «bastante bien»[32]. Y, por último, cuando se ha preguntado a los encuestados algo tan aparentemente sencillo como cuál fue el año en que se aprobó nuestra vigente Constitución (pregunta realizada en diez ocasiones desde 1989, la última de ellas en 2016), el porcentaje de los que responde correctamente no ha llegado nunca ni tan siquiera a la mitad (el 43,1 % de 2008 es, hasta el momento, el mejor resultado)[33].

Estos contundentes datos demoscópicos revelan hasta qué punto la mayoría de la sociedad española desconoce el contenido de la Constitución de 1978; no me parece exagerado hablar de la existencia de un profundo analfabetismo constitucional —incluso político— entre nuestros conciudadanos[34]. Muestran, además, que existe una percepción generalizada de que los poderes públicos no se han implicado lo suficiente en el fomento de su enseñanza, como si no les preocupara esta ignorancia que podríamos calificar, atendiendo a la etimología del término y al diccionario de la RAE, de incívica. Desde estas coordenadas, quizás nos resulte más sencillo entender las causas y el origen de algunas de las noticias que recogen a diario nuestros medios de comunicación y que resultan incomprensibles para ciudadanos de otras latitudes. Hace unos años, Enrique Belda (2015: 195) apuntó certeramente al déficit de formación en materias constitucionales como un problema de primer orden que obstaculizaba tanto la participación como la responsabilidad ciudadana en la obra colectiva que un país significa. Y más recientemente, en una magnífica monografía sobre esta cuestión, nos ha recordado que, sin una mínima formación en los rudimentos del uso de la ciudadanía, los derechos y libertades quedan desnaturalizados, son manipulados o resultan escasamente operativos (Belda, 2022).

Todo ello debería hacernos reflexionar sobre la conveniencia de implementar la educación constitucional de forma específica —y no solo transversal o integrada— en las enseñanzas medias. La calidad de una sociedad democrática depende, en buena medida, de la virtud cívica de los individuos que la conforman y, como en más de una ocasión se ha puesto de relieve, esa virtud se nutre, entre otros elementos, del conocimiento de los principios básicos del ordenamiento jurídico e institucional que rige la vida de la comunidad política (Mougán Rivero, 2008: 58)[35]. Que buena parte de nuestra ciudadanía carezca de ese bagaje no es una buena noticia y convendría, a mi juicio, que el Estado lo promoviese a través de la enseñanza este tipo de saberes. La educación constitucional es —nunca mejor dicho— una asignatura pendiente que arrastramos desde hace ya demasiado tiempo y de la

que deberíamos ocuparnos sin mayor demora. Esta demanda, por cierto, se halla aún más justificada desde que en 2015 se introdujese en nuestro país una prueba de conocimientos constitucionales y socioculturales (prueba CCSE) para la concesión de la nacionalidad española en determinados supuestos. ¿No sería acaso razonable que se nos exigiese a los españoles de origen el mismo grado de conocimientos constitucionales que a quienes aspiran a ser nacionales de nuestro propio país?

3. LA INCLUSIÓN DEL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL EN LAS ENSEÑANZAS MEDIAS: ALGUNAS CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS

3.1. ESPECIFICIDAD CURRICULAR Y DELIMITACIÓN DEL ENFOQUE

Creo que los acontecimientos de los últimos cuarenta y tres años —que es el tiempo transcurrido desde que se promulgara la Ley 1979— no han hecho sino corroborar la tesis principal de quienes, en su día, criticaron la desnaturalización del *proyecto Cavero*. La tesis, recuérdese, era la siguiente: no puede haber una formación constitucional de mínimos en los niveles educativos preuniversitarios sin una asignatura obligatoria que, de manera autónoma, se centre en proporcionar, esencialmente, conocimientos constitucionales. Y es que, a la luz de cuanto antecede, me parece inconcuso que los enfoques transversal e integrado resultan —y seguirán resultando— insuficientes si no se complementan con una asignatura de corte específico. Esta es la premisa básica a partir de la que, entiendo, debería repensarse la enseñanza del ordenamiento constitucional en el contexto de las enseñanzas medias.

En cuanto al enfoque curricular de una asignatura de este tipo, me hallo entre quienes consideran que su eventual programación docente debería trascender la mera perspectiva jurídico-técnica. No en vano, la cultura constitucional se incardina en el más amplio marco de la educación cívica (Jimena Quesada, 2005: 385) y, desde este punto de vista, parece lógico que los contenidos de índole puramente constitucional vayan acompañados de algunas nociones complementarias. La diputada comunista Eulàlia Vintró Castells ya subrayó, en el debate que precedió a la Ley 1979, la importancia de «[…] que nuestros estudiantes puedan tener una formación de conjunto que les eduque no solo en el conocimiento de la Constitución, sino en la convivencia, en el civismo»[36].

La tarea no es, desde luego, sencilla, pues debe evitarse que la asignatura en cuestión se convierta en un *totum revolutum* que contenga materias relacionadas con todos aquellos ámbitos de nuestra sociedad que se explican de forma deficiente en las enseñanzas medias[37]. Un currículo demasiado heterogéneo nos llevaría, como la experiencia ha demostrado, a una dispersión de los objetivos iniciales y a restar sentido y efectividad a la nueva asignatura. Y es que una cosa es entreverar la materia constitucional con ciertos contenidos de especialidades colindantes y otra muy distinta convertir una asignatura como esta en

un cajón de sastre que desvíe la atención del propósito esencial: conseguir que los educandos comprendan la organización y el funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho instituido al amparo de la Constitución española de 1978, así como el proceso de integración en el marco jurídico-institucional de la Unión Europea. En este sentido, quizás sería interesante explorar, como alguna ocasión se ha sugerido (Buj Jimeno, 1995), un modelo de educación cívica cuyo programa se estructure a partir de los contenidos del propio texto constitucional.

3.2. EDUCACIÓN CONSTITUCIONAL Y FOMENTO DEL ESPÍRITU CRÍTICO

Abundando en lo anterior, creo necesario reiterar que de poco serviría introducir la Constitución como materia específica o independiente en los planes de estudio si su enseñanza se redujera a una prédica insustancial o aséptica de los preceptos que la integran. En el debate que precedió a la tantas veces citada Ley 19/1979, el senador socialista Ramiro Cercós Pérez ya manifestó que «[…] no basta una mera información o instrucción sobre los dogmas políticos del sistema en que se vive o sobre las características de un determinado modelo de Estado, sino que es preciso una información en la democracia adoptada como forma de vida»[38]. Y es que, en efecto, la enseñanza de la Constitución no puede limitarse a un dictado *ad pedem litterae* de sus mandatos si lo que pretendemos, claro está, es que las jóvenes generaciones interioricen la democracia constitucional como modelo de convivencia.

A menudo se olvida que nuestra Constitución es, como cualquier otra, hija de su tiempo y que tanto su elaboración como su posterior puesta en práctica estuvieron condicionadas por numerosos factores extrajurídicos. No es, pues, un ente puro e intocable surgido de manera espontánea y suspendido sobre el vacío. Una adecuada comprensión de su contenido e incidencia real pasa por conocer, siquiera someramente, algunas de las claves contextuales que explican tanto su génesis como su aplicación en el día a día. Adviértase que el Derecho, como bien decía Manuel García-Pelayo, no es pura norma, sino la síntesis de la tensión entre la norma y la realidad con que esta se enfrenta. No podemos, por tanto, esperar que nuestros jóvenes asimilen debidamente la configuración del ordenamiento constitucional en vigor si les hurtamos ciertos conocimientos de indudable trascendencia. Pienso, por ejemplo, en cuestiones como el encuadramiento geográfico e histórico de la Constitución, las dinámicas sociológicas, políticas o económicas más elementales que tienden a distorsionar —cuando no a neutralizar— su eficacia normativa, las fuentes contemporáneas de las que se nutre y con las que entronca, o la filosofía política que subyace a las instituciones y derechos que consagra. Me parece, retrotrayéndome una vez más al debate de la Ley 19/1979, que el diputado socialista Ramos Fernández-Torrecilla acertaba cuando sostuvo que «[…] difícilmente puede estudiarse la pura Constitución sin hacer una referencia más amplia a los sistemas sociales y políticos y a toda una serie de materias que van conexas y que permitirían a los estudiantes […] tener un conocimiento exacto y claro de qué es lo que dispone la Constitución española, por qué lo dispone, y qué relación guarda

eso con el resto de las democracias occidentales entre las que nuestro país se encuentra inserto»[39].

Abogar por un aprendizaje irreflexivo o, peor aún, en clave memorística de la Constitución, como si sus artículos fuesen mantras o letanías, sería un error tanto pedagógico como político. Pedagógico porque nuestros alumnos difícilmente entenderían —a lo sumo retendrían— una materia demasiado apegada a la plúmbea literalidad del Derecho positivo. Y político porque, queriéndolo o no, transmitiríamos una imagen deificada y acartonada del texto constitucional. No parece tampoco oportuno resucitar, remozándola, la vieja práctica liberal de los *catecismos políticos*[40], pues, por más que nos esforzásemos en adecuarla a nuestros tiempos, seguiríamos enfrentándonos al inconveniente de convertir el estudio de la Constitución en un ejercicio mecanicista y al problema de divulgarla como una norma impermeable al debate social.

No debe pretenderse, en suma, que los educandos se prosternen ante la Constitución u otras fuentes normativas y las estudien como si de textos sagrados se tratasen[41]. Por el contrario, parece indispensable que, como vengo repitiendo, este tipo de enseñanzas partan de una adecuada contextualización de las categorías jurídicas y abonen, además, la idea de que el *statu quo* constitucional no es inalterable. Tal vez así, por cierto, las generaciones venideras desdramatizarían la idea, tan poco arraigada en nuestra tradición histórica, de la reforma constitucional[42]. Aunque para ello sería también preciso cultivar, desde los primeros peldaños de la escuela, una cultura de la negociación y del acuerdo, pues sin ella son difícilmente imaginables procedimientos de revisión sosegados, participativos y deliberativos, es decir, reformas investidas de legitimidad democrática y virtualidad integradora.

Lo que propongo, en resumidas cuentas, es que, sin perjuicio del eventual papel de refuerzo que pueda atribuirse a los enfoques curriculares transversal o integrado, introduzcamos en los planes de estudio obligatorios al menos una disciplina específica que asegure una comprensión general del sistema constitucional, invite a participar de él e incentive, al mismo tiempo, la inteligencia crítica, pues al fin y al cabo de lo que se trata es de preparar al alumnado para que asuma obligaciones y ejerza derechos en un mundo complejo, incierto y altamente dinámico. Si de verdad queremos que nuestros estudiantes afronten juiciosamente los desafíos que les depara el futuro, es importante que comprendan la fundamentación de las principales normas que rigen nuestra convivencia. Por eso, una asignatura como esta debería explicar las razones en las que se apoyan los principios políticos del orden democrático y no limitarse únicamente a fomentar la adhesión a la normatividad[43]. Fue Paulo Freire (1990: 118) quien señaló, con su característica lucidez y elocuencia, que «[…] si no trascendemos la idea de la educación como pura transferencia de un conocimiento que sólo describe la realidad, impediremos la aparición de una conciencia crítica y de este modo estaremos reforzando el analfabetismo político». Entiendo, por todo ello, que la enseñanza del ordenamiento constitucional, si bien fundamentada sobre irrenunciables principios positivistas, debe entroncar, en la línea de lo apuntado en el epígrafe anterior, con contenidos de naturaleza humanística y social propios de cada nivel educativo —impartidos en esta asignatura, aunque con

enlaces y conexiones con otras—, pues solo de esa forma puede esperarse que el estudiantado adquiera un bagaje provechoso y útil para su —nuestra— vida en sociedad. Y, desde esta perspectiva, también me parece fundamental tener en cuenta que la educación constitucional en las enseñanzas medias no puede abordarse del mismo modo que en las superiores; debería ser más vivencial y práctica, apegada a la realidad social y a las múltiples circunstancias que de ella surgen.

3.3. EL FANTASMA DEL ADOCTRINAMIENTO EN LAS AULAS

Podría replicarse, en la línea de los alegatos que proliferaron hace unos años contra la asignatura EpC, que un planteamiento docente orientado a estimular la reflexión y el debate sobre los fundamentos e implicaciones de la democracia constitucional conduciría inexorablemente a la politización de este tipo de enseñanzas[44]. Tal recelo no puede, sin embargo, ser un obstáculo para abordar esta materia en los términos que aquí se propugnan. Es cierto que explicar el ordenamiento constitucional conjugando la exposición de su teoría y *praxis* supone tocar temas sensibles y particularmente expuestos a instrumentalizaciones o apropiaciones tendenciosas, pero también lo es que su mero tratamiento no implica *per se*, como se viene sosteniendo de forma recurrente desde determinados sectores, un ejercicio de adoctrinamiento ideológico[45]. Recordemos que el TS dijo en sus sentencias sobre EpC que la enseñanza puede adentrarse en «[…] la explicación del pluralismo de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones, lo que comporta, a su vez, informar, que no adoctrinar, sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas que […] pueden existir en cada momento histórico dentro de la sociedad y, en aras de la paz social, transmitir a los alumnos la necesidad de respetar las concepciones distintas a las suyas pese a no compartirlas». A lo que añadió que nada de ello comporta el menoscabo de la libertad ideológica «[…] siempre que la exposición de esa diversidad se haga con neutralidad y sin adoctrinamiento. Es decir, dando cuenta de la realidad y del contenido de las diferentes concepciones, sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas. Y así tendrá lugar cuando la enseñanza sea desarrollada con un sentido crítico, por dejar bien clara la posibilidad o necesidad del alumno de someter a su reflexión y criterio personal cada una de esas diferentes concepciones» (por todas, STS, Sala de lo Contencioso, 11/02/2009, Rec. 905/2008, FJ 6).

No obstante, cabe precisar que el tratamiento oficial de tales enseñanzas sí debería, por imperativo constitucional, incentivar activamente la cultura democrática y el respeto a los derechos humanos. Y es que, por más que sea necesario explicar al estudiantado que «[…] la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diverso signo» (STC 11/1981, FJ 7) o que «[…] la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de "democracia militante"» (STC 42/2014, FJ 4), debemos tener presente que es el propio texto constitucional el que obliga a transmitir, a través de la educación, los principios y valores sobre los que se sustenta la propia democracia y que se erigen en el

presupuesto mismo del pluralismo y la diversidad. Es en este ámbito donde despliega todos sus efectos lo que Álvarez (2015) ha denominado la «función democrático-militante» del ideario educativo del art. 27.2 CE y donde, en consecuencia, no cabe neutralidad o cuestionamiento posible.

Así las cosas, cualquier iniciativa pedagógica de esta naturaleza debería perseguir, *ope constitutione*, la adhesión del alumnado a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales[46]. O, dicho de otro modo, una asignatura así tendría que estar forzosamente comprometida con la democracia constitucional como sistema político y, por ende, orientada a su defensa e impulso. Y, para despejar posibles dudas al respecto, el TS ha clarificado que este deber de impartir, en términos de promoción, el ideario educativo constitucional tampoco admite el calificativo de adoctrinamiento[47]. En efecto, el Alto Tribunal se ha mostrado rotundo al manifestar que «[…] no podrá hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas [normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales] porque, respecto de ellos, será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos» (por todas, nuevamente, STS, Sala de lo Contencioso, 11/02/2009, Rec. 905/2008, FJ 6).

3.4. UN BREVE APUNTE SOBRE LA IDONEIDAD DEL PROFESORADO

Una formación constitucional de calidad requiere que el profesorado encargado de impartirla posea un cierto grado de especialización en la materia. Algo muy similar es lo que dijo, con relación a EpC, el socialista Gregorio Peces-Barba (2006) hace ahora tres lustros: «Debe cuidarse mucho la preparación del profesorado, e incluso crear profesores propios de Educación para la ciudadanía. En todo caso, la atribución mayoritaria de esas enseñanzas a profesores de Filosofía o de Historia debe ser completada con una formación específica que los prepare para explicar los principales conceptos de la materia»[48]. Creo que la cita se adecúa particularmente bien al contexto de estas páginas pues debe tenerse en cuenta que, para el malogrado expresidente del Congreso y padre constituyente, EpC debía ser una asignatura rica en contenidos constitucionales —para así poder cumplir con su primordial función de «[…] afirmar y fortalecer la democracia y la Constitución en la formación de las generaciones futuras»—, y por ello hacía hincapié en la necesidad de instruir al profesorado en este tipo de materias. Sin embargo, como sabemos, ni el entonces Ministerio de Educación y Ciencia ni las consejerías autonómicas llegaron nunca a diseñar un plan directo y concreto de formación del profesorado para EpC, desarrollándose, en la mayoría de los casos, cursos y/o seminarios de carácter voluntario. No es este, desde luego, el lugar apropiado para entrar a valorar con detenimiento las concretas medidas que podrían arbitrarse desde los poderes públicos para garantizar la referida capacitación docente, pero sí para recordar, al menos, que la educación de los educadores es una cuestión de la máxima importancia. Pensemos que un proyecto pedagógico de estas

características perdería buena parte de su sentido y eficacia si no contase con profesionales lo suficientemente preparados.

3.5. ¿Y CONSTITUCIONALIZAR UN MANDATO EXPRESO?

Algunos de nuestros más egregios ilustrados ya reivindicaron en los últimos compases del siglo XVIII la necesidad de formar en materias jurídicas y políticas a las generaciones más jóvenes. Así, por ejemplo, el conde de Cabarrús denunciaba, en una de sus célebres cartas a Jovellanos, que nadie enseñase a los niños en las escuelas cuestiones tales como la constitución del Estado —en el sentido, obviamente, que a esta cabía atribuir en la España del momento—, los derechos y obligaciones del ciudadano o la definición de las leyes[49]. Poco tiempo después, en el contexto de las Cortes de Cádiz, las filas liberales hicieron suya esta preocupación y, conscientes de que la instrucción en los valores y reglas del nuevo ordenamiento constitucional favorecería la consolidación y subsistencia del naciente régimen liberal, introdujeron en el articulado de la Constitución de 1812 un mandato de singular relevancia que, como se ha subrayado con frecuencia, representa una de las más originales —y, a su vez, poco conocidas— aportaciones del constitucionalismo español a la experiencia comparada: la preceptiva enseñanza del propio texto constitucional en el marco del sistema educativo. Esta previsión se articuló estableciendo, de un lado, la obligatoriedad de que las escuelas de primeras letras ofreciesen a los niños «una breve exposición de las obligaciones civiles» (art. 366) y, de otro, imponiendo el deber de explicar «la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios» (art. 368). Esta insólita regulación, que tuvo un notable influjo en el constitucionalismo de algunos países iberoamericanos —influencia que, por cierto, aún perdura en la actualidad[50]—, no volvería, sin embargo, a incluirse en ninguna constitución española posterior. De este modo, las escasas referencias a la enseñanza constitucional que, tras *la Pepa*, han existido en el ordenamiento jurídico de nuestro país se han ubicado siempre en normas de rango infraconstitucional[51].

Pues bien, el caso es que, desde hace unos cuantos años, Francisco Manuel García Costa, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Murcia y buen conocedor de esta materia, viene planteando la conveniencia de introducir en nuestro vigente texto constitucional un «[…] derecho público subjetivo […] que tenga por objeto recibir una adecuada enseñanza de la Constitución», y ello en el bien entendido de que este tipo de formación «[…] es uno de los instrumentos más expeditivos para impedir la degeneración de los sistemas constitucionales» (García Costa, 2016: 313-316)[52]. Se trata, qué duda cabe, de una propuesta *de constitutione ferenda* convincente y sugestiva, si bien temo que con escasas probabilidades de llevarse a efecto tanto por razones formales —la manifiesta dificultad que existe entre nosotros para operar cualquier modificación constitucional— como materiales —el carácter intrínsecamente conflictivo que tiene en nuestro país todo lo atinente a la educación—. Y tampoco puede dejar de señalarse que la eventual atribución de rango constitucional a una cláusula de esta naturaleza no impli-

caría *per se* su efectivo cumplimiento, pues este seguiría dependiendo de la ulterior acción de los poderes públicos que siempre podrían —como ha venido sucediendo en terrenos diversos[53]— postergar su materialización *ad calendas graecas* o, incluso, acometerla de un modo incompleto. Piénsese que la realización de tales mandatos no puede exigirse judicialmente, ni siquiera ante el TC, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico no existe —al menos por ahora— el recurso de inconstitucionalidad por omisión. Creo, con todo, que la propuesta del citado autor es plausible y merecería ser debatida llegado el caso pues, si aceptamos que la educación constitucional es un mecanismo más de defensa de la Constitución —y yo, desde luego, así lo creo—, parece razonable que sea el propio texto constitucional el que la garantice. A fin de cuentas, no estamos hablando de nada más —ni de nada menos— que de ensanchar los márgenes de lo que Roberto Blanco Valdés (22011: 312) dio en llamar hace unos años con gran tino «la Constitución que defiende a la Constitución».

NOTAS

1. Hallándose ya este trabajo en fase de corrección de galeradas se ha dado a conocer una nueva obra colectiva dirigida por los profesores Javier Díaz Revorio y Carlos Vidal Prado bajo el título *Enseñar la Constitución, educar en democracia*. Por la estructura de la obra y la calidad de sus colaboradores, creo inexcusable su cita aun cuando sea en esta ultimísima fase pues, sin duda, enriquecerá y dará cuerpo a una cuestión que, como trato de razonar en estas páginas, no es en absoluto baladí para la —parafraseando a Heller— normatividad y normalidad de la Constitución.

2. *Vid.* el numeral 10 de su voto particular a la STC 5/1981.

3. Esta conexión entre educación en derechos y libre desarrollo de la personalidad queda explícitamente reflejada, no solo en nuestro ordenamiento constitucional, sino también en diversas previsiones de Derecho internacional de los derechos humanos con las cuales este entronca —arts. 26.2 DUDH, 13.1 PIDESC o 29.1 CDN—.

4. Esta disolución —no está de más recordarlo— obedeció a una decisión de Adolfo Suárez adoptada en el marco de lo posibilitado por el apartado segundo de la Disposición transitoria octava de la Constitución.

5. Debe señalarse, pues se trata de un apunte biográfico relevante en este contexto, que Íñigo Cavero era profesor de Derecho político. Fue discípulo de Luis Sánchez Agesta y, desde que ganó su plaza de profesor adjunto en 1967, impartió clases tanto en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense como en el Colegio Universitario San Pablo-CEU. De modo que, en el momento en que este proyecto de ley fue elaborado, Íñigo Cavero era ya un experimentado docente.

6. En concreto, el art. 1 del proyecto de ley disponía: «A partir del año académico 1979/80 se incluirá como **materia común**, en los Planes de Estudios de Bachillerato y Formación Profesional de primer grado, el conocimiento del Ordenamiento Constitucional» (BOCG, 01/06/1979, pp. 173-174).

7. En el dictamen de la Comisión de Educación del Congreso de los Diputados ya puede apreciarse la modificación del referido art. 1: «A partir del año académico 1979-80 se incluirá, **entre las enseñanzas**

comunes en los Planes de Estudio de Bachillerato y de Formación Profesional de Primer Grado, el conocimiento del Ordenamiento Constitucional en general y su desarrollo estatutario en las nacionalidades y regiones que tengan aprobado Estatuto de Autonomía» (BOCG, 24/07/1979, pp. 173-174).

8. DSCD, 26/07/1979, p. 1387.

9. DSCD, 26/07/1979, pp. 1387-1389.

10. DSS, 04/09/1979, p. 532.

11. DSS, 04/09/1979, p. 526.

12. DSCD, 26/07/1979, p. 1390.

13. DSCD, 26/07/1979, p. 1390.

14. DSS, 04/09/1979, p. 533.

15. DSCD, 26/07/1979, p. 1394.

16. DSS, 04/09/1979, pp. 530-531.

17. En el Congreso de los Diputados, enmiendas núms. 5, 6 y 7 del Grupo Parlamentario Socialista, y enmiendas núms. 12, 13 y 14 del Grupo Parlamentario Comunista (BOCG, 24 de julio de 1979); y en el Senado, enmienda núm. 1 de Ramiro Cercós Pérez del Grupo Mixto, y enmiendas núms. 3 y 4 del Grupo Socialista (BOCG, 21 de agosto de 1979).

18. Nona Inés Vilariño Salgado (UCD) dijo: «Esas asignaturas, con esas condiciones, solamente existen en los países totalitarios» (DSCD, 26/07/1979, p. 1398). Por su parte, la senadora democristiana María Pilar Salarrullana de Verda consideró, a propósito del enfoque más amplio de la materia que proponían estos grupos, que «[…] esta asignatura solo es obligatoria en los países de régimen totalitario» (DSS, 04/09/1979, p. 530).

19. Otra polémica que rodeó a esta ley fue la referida al profesorado encargado de impartir las enseñanzas en cuestión. La ley trataba —mediante su Disposición adicional— de resolver el problema del profesorado que había perdido sus plazas en 1977, cuando se suspendieron las asignaturas de Formación Política, Social y Económica en los centros de bachillerato y Formación Cívico-Social y Política en los centros de formación profesional. Incluso se ha llegado a decir que «[…] el proyecto de ley en cuestión era una opción para incorporar a la Administración a dichos profesores y lo de menos era regular el conocimiento constitucional» (Ruiz-Huerta Carbonell, 2004: 267). Sea como fuere, lo cierto es que este aspecto fue muy espinoso durante la tramitación de la ley, habida cuenta de que se hablaba de profesorado proveniente de la dictadura.

20. No deja de resultar kafkiano que el «desarrollo» de la citada ley se produjese con carácter previo a su promulgación.

21. Suele afirmarse, no sin cierta razón, que la enseñanza española ha vivido durante las últimas cuatro décadas bajo algo parecido a un régimen de *turnismo* —o, si se prefiere, de mecánica pendular— debido a que cada Gobierno ha impulsado el desarrollo de su propio modelo de enseñanza con la consiguiente derogación total o parcial de la obra del Gobierno anterior. No obstante, este planteamiento puede —y debe— matizarse, puesto que los datos desmienten parcialmente la tesis. Véase, en este sentido, Carlos Vidal Prado (2017: 741-743).

22. Esta redacción del art. 18.6 de la LOE fue introducida en 2013 por la LOMCE y es la que ha sido derogada por obra de la reciente LOMLOE, es decir, que el art. 18.6 de la LOE continúa en vigor, si bien con un contenido distinto.

23. *Vid.*, también, sobre este asunto, Ibáñez Beneito y Ortuño Molina (2012).

24. *Vid.* el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria.

25. DSCD 31/01/2012, p. 6. Esta pretensión ya figuraba en el programa electoral con el que el PP concurrió a las elecciones generales de noviembre de 2011. En él se decía, en concreto, lo siguiente: «Elevaremos la formación cívica de los alumnos, sustituyendo la asignatura educación para la ciudadanía por otra cuyo contenido esté basado en el aprendizaje de los valores constitucionales y en el conocimiento de las instituciones españolas y europeas».

26. Sobre estas cuestiones, *vid.* Muñoz Ramírez (2016).

27. Este mandato, cuya redacción ha modificado recientemente la LOMLOE a los únicos efectos de adecuarla a los estándares del denominado lenguaje inclusivo, lleva presente en la citada LODE desde que, en el año 2006, fuera incorporado a ella por medio de la LOE. Y con anterioridad una previsión casi idéntica ya figuró en el art. 2.1 b) de la derogada LOCE.

28. No me resisto a citar, en este punto, el caso de la «Olimpiada Constitucional» de la Región de Murcia, una extraordinaria iniciativa impulsada desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia. Para saber más sobre el particular, *vid.* García Costa y González García (2021).

29. Sobre esta cuestión, *vid.* la STC 111/2012, FFJJ 5 y 12.

30. Disponible en: <http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=13204.>.

31. Disponible en: <http://www.analisis.cis.es/cisdb.jsp.>. Serie A.1.01.01.004.

32. Disponible en: <http://www.analisis.cis.es/cisdb.jsp.>. Serie A.1.01.01.002.

33. Disponible en: <http://www.analisis.cis.es/cisdb.jsp.>. Serie A.1.01.01.007.

34. No disponemos, ciertamente, de información actualizada, pero, teniendo en cuenta que los estudios mencionados *supra* reflejan una tendencia estable y que las recientes modificaciones de la legislación educativa no han introducido novedades reseñables en este punto, cabe suponer que, si hoy realizásemos encuestas sobre el particular, obtendríamos resultados similares a los expuestos.

35. Sobre esta cuestión también resultan de interés, entre la abundantísima bibliografía existente, los trabajos de García Guitián (2008) y Gutmann (2001).

36. DSCD, 26/07/1979, p. 139.

37. Es este un problema que, curiosamente, es mucho más difícil de detectar en el ámbito de las ciencias experimentales y de la salud. Si se quiere ver un currículo coherente, progresivo y lógico, ahí está el de las ciencias matemáticas; pero también el de la física, la química o la biología. No es posible encontrar nada similar dentro de las ciencias sociales, donde además parece —a la vista de la presencia de varias asignaturas relacionadas con la economía— que al Estado le interese la existencia y formación de empresarios y emprendedores en el mundo de los negocios antes que la de ciudadanos *tout court*.

38. DSS, 04/09/1979, p. 518. Y añadió: «Nuestras enmiendas van encaminadas a que no se imparta a secas el Ordenamiento Constitucional, ya que, por ejemplo —hay una experiencia amarga anterior—, la enseñanza de la Constitución de 1812 dio lugar a textos que se impartieron como los catecismos que algunos conocimos en la posguerra española», DSS, 04/09/1979, p. 520.

39. DSCD, 26/07/1979, p. 1388.

40. Sobre esta particular herramienta de instrucción de nuestro primer constitucionalismo, *vid.* García Trobat (2010: 457-465).

41. Al respecto, Peter Häberle (2001: 189) señaló con gran perspicacia que no cabe esperar «[…] de todos los ciudadanos la "fidelidad constitucional", en el sentido de una religión civil», puesto que, en tal caso, «[…] la sociedad abierta de los constituyentes se cerraría; el pensamiento de las posibilidades como razonamiento alternativo pluralista se convertiría en vía de un solo sentido y en callejón sin salida».

42. *Vid.* los recientes trabajos sobre el particular de Lorente Sariñena (2018) y Fernández Sarasola (2020).

43. En palabras de Sánchez Ferriz y Jimena Quesada (1995: 13): «Educar no es transmitir cualquier tipo de conocimiento ni, tampoco, generar actitudes de puro conformismo con las situaciones ya consolidadas (por más que este haya sido el fin tradicional de las enseñanzas), sino contribuir desde el exterior a un proceso siempre inacabado para cada ser humano: contribuir al pleno desarrollo de su personalidad».

44. O, como dijo el diputado socialista Francisco Ramos Fernández-Torrecilla a cuenta del debate sobre la Ley 19/1979: «Hay quien, si no es el adoctrinamiento ideológico, no entiende que pueda haber absolutamente nada más. Nosotros creemos que el adoctrinamiento ideológico no es bueno, que el adoctrinamiento ideológico no lo propicia en esta Cámara nadie; pero incluir una asignatura científica con rigor y con nivel para que los estudiantes de Bachillerato y Formación Profesional tengan conocimiento de la Constitución, no me cabe ninguna duda de que es un tema en el que incluso algunos Diputados de la mayoría estarán de acuerdo con la posición del Partido Socialista». DSCD, 26/07/1979, p. 1390.

45. Un ejemplo ilustrativo de este tipo de planteamientos en Martí Sánchez (2009: 172-176).

46. Me parece, desde este punto de vista, muy ilustrativa la advertencia que realiza Roberto Blanco Valdés (22011: 10) en el prólogo a la segunda edición de su obra *La Constitución de 1978*: «[en este libro] se encierra no solo un estudio sobre los caracteres esenciales de la Constitución que hoy rige el funcionamiento de nuestro régimen político, sino también una abierta defensa de los grandes principios que la inspiran. Pues una constitución no es solo un conjunto coherente y sistemático de normas, sino también un espíritu que la recorre de punto a cabo y que no es otro, en nuestro caso, que el de asegurar que el ejercicio del poder público sea compatible con aquellos valores que se proclaman en el preámbulo de la que es objeto este libro: la justicia, la libertad, la seguridad y el bien de cuantos integran la nación».

47. Convendría, no obstante, reflexionar en torno a la peyorativa connotación que se ha atribuido a dicho concepto, pues, como en alguna ocasión se ha señalado, posiblemente el adoctrinamiento resulte consustancial a toda educación. Sobre este tema, *vid.* Álvarez (2011).

48. Sobre esta misma cuestión, *vid.* Ruiz-Corbella y García-Blanco (2016).

49. Se trata, concretamente, de la carta intitulada «Sobre los obstáculos de opinión, y el medio de removerlos con la circulación, de luces, y un sistema general de educación», escrita entre finales de 1792 y principios de 1793. Puede consultarse en diversas compilaciones de las cartas del conde de Cabarrús como, por ejemplo, la que cito en el apartado bibliográfico del presente artículo. En la referida epístola mostraba aún mayor contundencia cuando decía: «Se nos inculcan en la niñez los dogmas abstractos de la

teología, ¿y no se nos podrían enseñar los principios sociales, los elementos de la legislación, y demostrar el interés común é individual que nos reúne?».

50. Sobre la cuestión, *vid.* García Costa (2021: 56-58) y Parra Gómez (2021: 68-73).

51. Es, por ejemplo, el caso del Decreto sobre enseñanza de la Constitución de 1869 (Gaceta de Madrid, 26/02/1870. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/057/A00001-00001.pdf>. O también, y hasta cierto punto, del Decreto en virtud del cual fue creado el Patronato de las Misiones Pedagógicas de la II República (Gaceta de Madrid, 30/05/1931. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1931/150/A01033-01034.pdf>. Y es que esta última norma, partiendo de una referencia preliminar al «[…] deber en que se halla el nuevo régimen de levantar el nivel cultural y ciudadano», establecía, en su art. 3, la necesidad de promover —«en relación con la educación ciudadana»— las siguientes iniciativas: «Conferencias y lecturas donde se examinen las cuestiones pertinentes a la estructura del Estado y sus poderes, Administración pública y sus organismos, participación ciudadana en ella y en la actividad política, etcétera».

52. La misma propuesta en García Costa (2019: 347).

53. Sobre este tema, *vid.* Escobar Roca (2018).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2011): «La paradoja de la educación. Adoctrinar para garantizar la libertad», *Direitos Fundamentais & Justiça*, 14, 13-38.

– (2015): «La delimitación jurisprudencial cívico-democrática del derecho a la educación en la CE de 1978», en R. Bustos Gisbert *et al.* (dirs.), *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 497-533.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique (2015): «Educación y otras necesidades prioritarias para un voto racional en democracia», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 17, 179-222.

– (2022): *El derecho a la educación y la enseñanza de los derechos como llave de la ciudadanía democrática*, Madrid: Tecnos.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. ([2]2011): *La Constitución de 1978*, Madrid: Alianza Editorial.

BUJ GIMENO, Álvaro (1995): «La Constitución Española como fundamento teórico de la educación cívica», *Pedagogía social: revista universitaria*, 10, 19-34.

CABARRÚS, Conde de [Francisco de Cabarrús Aguirre] (1973): *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública (1792-1795)*, Madrid: Castellote.

DÍAZ REVORIO, Javier y Carlos VIDAL PRADO (eds.) (2022): *Enseñar la Constitución, educar en democracia*, Cizur Menor: Aranzadi.

ESCOBAR ROCA, Guillermo (2018): «Cuarenta años después… ¿se cumplieron las promesas constitucionales?», en J. de Lucas y J. M. Rodríguez Uribes (coords.), *Derechos Humanos y Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch, 47-75.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio (2020): «Modelos de reforma constitucional en la historia española», en B. Aláez Corral (coord.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, Madrid: Universidad de Oviedo-CEPC, 287-310.

FREIRE, Paulo (1990): *La naturaleza política de la educación. Cultura, poder y liberación*, Barcelona: Paidós.

GARCÍA COSTA, Francisco Manuel (2016): «Algunas propuestas para la regeneración de los sistemas constitucionales», en R. Tur Ausina, (dir.), *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática*, Madrid: Dykinson, 297-318.

– (2019): «La defensa paidética de la Constitución española de 1812», en F. M. García Costa, A. Sant'Ana Pedra, J. C. Muñiz Pérez y D. Soto Carrasco (dirs.), *Historia Constitucional de Iberoamérica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 345-395.
– (2021): «Fines y contenidos de la acción educativa de los poderes públicos en el derecho constitucional comparado», en F. M. García Costa e I. González García, *Olimpiada Constitucional. La enseñanza de la Constitución en la enseñanza secundaria en tiempos de crisis y reformas constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 27-58.

GARCÍA COSTA, Francisco Manuel y Ignacio GONZÁLEZ GARCÍA (dirs.) (2021): *Olimpiada Constitucional. La enseñanza de la Constitución en la enseñanza secundaria en tiempos de crisis y reformas constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA GUITIÁN, Elena (2008): «La educación cívica como educación política», en R. Del Águila, S. Escámez y J. Tudela (eds.), *Democracia, tolerancia y educación cívica*, Madrid: UAM, 79-95.

GARCÍA TROBAT, Pilar (2010): *Constitución de 1812 y educación política*, Madrid: Congreso de los Diputados.

GONZÁLEZ SANTAMARÍA, Débora (2012): «¿Una Constitución a-histórica (la de 1978) en los manuales de educación para la ciudadanía?», *Íber. Didáctica de las Ciencias Sociales, Geografía e Historia*, 72, 25-37.

GUTMANN, Amy (2001): *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, Barcelona: Paidós.

HÄBERLE, Peter (2001): *El Estado constitucional*, México D.F.: UNAM.

IBÁÑEZ BENEITO, Concepción y Jorge ORTUÑO MOLINA (2012): «La Constitución de 1978 en el bachillerato», *Íber. Didáctica de las Ciencias Sociales, Geografía e Historia*, 72, 18-24.

JIMENA QUESADA, Luis (2005): «El conocimiento del ordenamiento constitucional: condición necesaria de calidad del sistema educativo», en J. Peña González (coord.), *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Valencia: Tirant lo Blanch, 383-413.

LORENTE SARIÑENA, Marta (2018): «De la reforma de la Constitución: breve historia de una ausencia (1810-1978)», en B. Pendás García (dir.), *España constitucional (1978-2018) trayectorias y perspectivas*, vol. 1, Madrid: CEPC, 275-289.

MARTÍ SÁNCHEZ, José M.ª (2009): «Aconfesionalidad, laicidad; ante el derecho a la educación y la libertad de enseñanza», en L. Aguiar de Luque (dir.), *Estado aconfesional y laicidad*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 111-191.

MOUGÁN RIVERO, Juan Carlos (2008): «Calidad de la democracia y virtudes cívicas», en R. Del Águila, S. Escámez y J. Tudela (eds.), *Democracia, tolerancia y educación cívica*, Madrid: UAM, 49-64.

MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia (2016): «¿Qué ha sido de Educación para la Ciudadanía con el Partido Popular?», *Foro de Educación*, 14 (20), 105-128.

PARRA GÓMEZ, David (2021): «La enseñanza de la Constitución como obligación constitucional en materia educativa», en F. M. García Costa e I. González García, *Olimpiada Constitucional. La enseñanza de la Constitución en la enseñanza secundaria en tiempos de crisis y reformas constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 59-75.

PECES-BARBA, Gregorio (2006): «La educación para la ciudadanía», *El País*, 18 de septiembre.

RUIZ-CORBELLA, Marta y Miriam GARCÍA-BLANCO (2016): «Aprender a ser ciudadano: ¿preparamos a nuestros docentes de Secundaria para una Educación para la Ciudadanía?», *Foro de Educación*, 20, 177-198.

RUIZ-HUERTA CARBONELL, Alejandro (2004): «La enseñanza de la Constitución en España. Por una cultura constitucional», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 1 (n.º extraordinario), 239-297.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedios y Luis JIMENA QUESADA (1995): *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona: Ariel.

VIDAL PRADO, Carlos (2017): «El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros», *Revista de Derecho Político*, 100, 739-766.

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2021.
Fecha de aceptación: 2 de febrero de 2022.

IMÁGENES CINEMATOGRÁFICAS PARA UNA TEORÍA DEL DERECHO DE INSPIRACIÓN SOCIOLÓGICA*

CINEMATOGRAPHIC IMAGES FOR A THEORY OF LAW SOCIOLOGICALLY INSPIRED

Jesús García Cívico

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universitat Jaume I

RESUMEN

La teoría del Derecho puede recurrir al campo «Cine y Derecho» para completar la comprensión y la enseñanza de algunos conceptos. Esto parece particularmente interesante en una teoría del Derecho de inspiración sociológica tanto por su afán de superación del cientificismo como por la forma en que trata de corregir ciertos excesos especulativos de raíz iusfilosófica. Con el trasfondo de algunas de las aportaciones de Manuel Calvo o Ignacio Aymerich al campo de la teoría del Derecho en nuestro país y de acuerdo con una amplia línea de pensamiento que va de Max Weber a Michel Foucault, recurrimos a películas como *El pequeño salvaje* (Truffaut, 1970) *Perdición* (Wilder, 1944) o *Investigación sobre un ciudadano libre de toda sospecha* (Petri, 1970) para ilustrar epígrafes característicos de la teoría del Derecho de inspiración sociológica, entre ellos la naturaleza intrínsecamente normativa del hombre y de la sociedad, la disección sobre los servofrenos morales y los mecanismos de obediencia (y desobediencia) del Derecho por parte del ciudadano medio o la contaminación de subsistemas como quiebra de la lógica interna y de la generación congruente de expectativas sociales en su seno en los términos de Niklas Luhmann.

PALABRAS CLAVE

«Cine y Derecho», teoría del Derecho, sociología jurídica, dimensión cultural del Derecho.

ABSTRACT

«Law and Film» studies can complete the understanding and teaching of some concepts of legal theory. This seems particularly interesting in a theory of law sociologically inspired, both for its desire to overcome scientism and for the way in which it tries to correct certain speculative excesses of iusphilosophical roots. With the background of some Manuel Calvo or Ignacio Aymerich's contributions to the field of theory of Law in our country and in accordance with a broad line that goes from Max Weber to Michel Foucault, we turn to films such as a *L'enfant sauvage*, (Truffaut, 1970), *Double Indemnity* (Wilder, 1944) or *Indagine su un cittadino al di sopra di ogni sospetto*, (Petri, 1970) to illustrate some epigraphs of the theory of Law of sociological inspiration, respectively: the intrinsically normative nature of man and society, the dissection on moral servobrakes and mechanisms of obedience (and disobedience) of the law by the average citizen or the contamination of subsystems as a breakdown of the internal logic and the consistent generation of social expectations according to the view of Niklas Luhmann.

KEYWORDS

Law and film, theory of law, sociology of law, cultural dimension of law.

DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.046

* Este trabajo se enmarca en la actividad del grupo de innovación docente de la Universitat Jaume I «Cultura jurídica visual» y, en particular, en el proyecto «La enseñanza del derecho como ruptura de sesgos y estereotipos» (GIECU-VIJ).

IMÁGENES CINEMATOGRÁFICAS PARA UNA TEORÍA DEL DERECHO DE INSPIRACIÓN SOCIOLÓGICA

Jesús García Cívico
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universitat Jaume I

Sumario: 1. Cine y Derecho: del conflicto al concepto. 2. El cine y la teoría del Derecho. 3. Breves consideraciones sobre el cine y algunos temas de la sociología (no necesariamente jurídica). 4. Imágenes para una teoría del Derecho de inspiración sociológica. 5. Imágenes sobre la naturaleza social del hombre. 6. El cine en la distinción de sistemas normativos: Derecho y moral. 7. La autonomía del subsistema jurídico: *Investigación sobre un ciudadano libre de toda sospecha.* 8. Sobre la obediencia al Derecho: *Double Indemnity*. 9. Breve recapitulación. Notas. Bibliografía.

1. CINE Y DERECHO: DEL CONFLICTO AL CONCEPTO

El cine ha demostrado ser una expresión cultural útil no solo para la enseñanza, sino también para la comprensión del Derecho. El uso didáctico de las películas como representaciones de cuestiones básicas del fenómeno jurídico supo ir pronto mucho más allá del cine de juicios (los llamados *courtroom dramas*) y se reveló como un instrumento idóneo para comprender, a través de su vinculación con lo cotidiano, la condición social del Derecho. Desde ese ángulo, podemos observar la evolución en los Estados Unidos del *Law and Cinema* —o *Law and Film Movement*—, y del campo «Cine y Derecho» en las universidades europeas. En nuestro medio (y entre muchos otros autores), cabe hacer referencia a las líneas pedagógicas avanzadas por Juan Ramón Capella, los estudios impulsados por Benjamín Rivaya en la Universidad de Oviedo y —a modo de ejemplo muy gráfico—

el fértil itinerario de la colección «Cine y Derecho» dirigida por el filósofo del Derecho Javier de Lucas y hoy también por el constitucionalista Fernando Flores. Me refiero a la forma en que este campo ha dado cuenta, desde hace dos décadas, de la amplitud de las conexiones entre el cine y el Derecho a través de ficciones que resultaban pertinentes no solo para ilustrar problemas relativos a los distintos sectores del Derecho (desde aspectos concretos del Derecho civil hasta numerosas cuestiones formales y materiales de Derecho constitucional), sino también para elucidar nociones complejas propias de la filosofía del Derecho (entre la ideología y la abstracción) y mostrar la intrincada naturaleza social del ser humano y sus conflictos.

En relación con lo primero —las cuestiones de la filosofía jurídica—, desde el análisis de *El verdugo* (Berlanga, 1966) —el título inaugural, escrito por el recordado Mario Ruiz—, la colección «Cine y Derecho» ha arrojado luz sobre debates que corrían el riesgo de resultar demasiado abstractos en los manuales académicos: de los problemas morales individuales ante la pena de muerte al fundamento de los derechos humanos, de la desobediencia civil o el cuestionamiento de la sinrazón militar plasmado en el filme de Kubrick *Senderos de gloria* (Flores, 2004) a las especulaciones de una filosofía jurídica, moral y política abierta a escenarios posthumanistas[1]. Raúl Susín bosquejó no hace mucho una estupenda síntesis de ese recorrido (Susín, 2019). El propio Mario Ruiz había señalado previamente algunas implicaciones epistemológicas y metodológicas de la enseñanza del Derecho a través del cine que podrían aplicarse a la mayoría de los títulos de esa colección (Ruiz Sanz, 2010: 1-16). Particular interés presentaban, a mi juicio, las aproximaciones a aspectos aparentemente inaprensibles de la tortura (García Amado, y Paredes Castañón), la eutanasia (Rivaya, García Manrique, Méndez Baiges) o las aristas jurídicas de los genocidios (Muñoz Conde, Muñoz Aunión) y su representación cinematográfica (García Amado), dicho esto en el sentido en que su comprensión reclamaba necesariamente un enfoque complejo que fuera más allá del método dogmático, del análisis del Derecho positivo o del contraste superficial entre normas y hechos. Asimismo, y bajo el rótulo «Cine y derechos humanos», se ha abordado la particular conexión entre el relato cinematográfico y la sensibilización sobre lo que Richard Claude llamó la «inhumanidad del hombre hacia el hombre» (Rivaya, 2008, 2012 y 2014).

En relación con lo segundo —las cuestiones características de la dimensión social del fenómeno jurídico—, este campo abierto del que José Luis Pérez Triviño ha señalado recientemente su «potencialidad contextual» (Pérez Triviño, 2010: 247 y ss.)[2], guarda estrechas conexiones con la sociología jurídica no solo porque —al decir de Vicenzo Ferrari— la filosofía del Derecho y la sociología jurídica deriven de la misma matriz cultural: la filosofía humanista y científica de la Europa contemporánea (Ferrari, 2000), o porque lo que García Amado ha conceptualizado como filosofía sociojurídica atienda a «la interacción entre derecho y sociedad» (García Amado, 1994: 140), sino también porque, como ha observado Ignacio Aymerich en diferentes lugares, no puede afirmarse que individuo, Derecho y sociedad estén separados —hasta el punto de que sea posible considerarlos entidades distintas—, y porque la identidad se configura a través de procesos sociales. Es ahí —y de acuerdo con las conocidas tesis de Foucault— donde cabe retener que «[…] entre las practicas sociales

en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes» (Aymerich, 1993: 396). Algunos ejemplos de este tipo de acercamientos (más adelante, sin pretensión de exhaustividad, aludiremos a otros títulos) podrían ser el análisis de las sanciones vergonzantes a partir de la adaptación que realizara Wim Wenders de *La letra escarlata* (1973), la novela de Nathaniel Hawthorne (Pérez Triviño, 2003), o el examen de las teorías sociológicas de la delincuencia que propone De Vicente Martínez (2002) tomando como referencia *Rojo*, la cinta dirigida por Kieslowski en 1994.

Es posible que, al estimular la reflexión normativa política, moral y jurídica a partir de ficciones e imágenes cinematográficas tanto en un sentido amplio (iconos, símbolos, documentales o alegorías relacionadas con el universo de la justicia, metafórica o simbólicamente considerado: orden, poder, verdad, etc.) como a partir de las concretas revoluciones políticas y luchas específicas por el Derecho y los derechos desde el pasado reciente hasta hoy (insumisión, subversión, boicot, lucha contra la discriminación y el racismo, movimientos de liberación, feminismo, ecologismo, etc.), el campo «Cine y Derecho» se haya decantado por el reflejo dinámico del conflicto, la denuncia moral y los aspectos ideológicos por encima de las cuestiones conceptuales, incluso en el plano de las actitudes individuales relacionadas con los valores. En el plano colectivo, tanto el «Cinema novo» brasileño como el cine latinoamericano de los años setenta parecen todavía extraordinariamente idóneos para analizar mediante un enfoque jurídico y político la evolución del estado de Derecho en ese continente[3], pero a nivel individual, Stanley Cavell sugirió inteligentes correspondencias entre la *screwball comedy* surgida en la gran depresión y el perfeccionismo moral emersoniano (Cavell, 2008). En esa primera —y gran— perspectiva pueden encuadrarse desde la cinematografía movilizadora y propiamente política —cuya defensa teórica realizó brillantemente Lebel en los textos recogidos en su obra de referencia, *Cine e ideología*— hasta el cine sobre la igualdad de género —cabe recordar aquí uno de los más conocidos escritos feministas sobre el cine: el ya clásico «Visual Pleasure and Narrative Cinema», de Laura Mulvey (1975)—. La comprensión de los relatos e imágenes de nuestra cultura visual se deben, precisamente, a las dinámicas de cambio, las dialécticas, las evoluciones y los conflictos del universo normativo, moral, jurídico y político. Otra razón de la tradicional preferencia por el enfoque filosófico del campo «Cine y Derecho» (por encima del de la teoría del Derecho) podría deberse al sinnúmero de debates abiertos que requieren tanto la contradicción (y el reflejo de los argumentos de, al menos, dos partes enfrentadas) como un juicio de ponderación subyacente. Desde esta perspectiva, el campo «Cine y Derecho» ha abordado el derecho al honor, la libertad de expresión, la discriminación racial y muchos otros temas, pero ¿y la teoría del Derecho?

2. EL CINE Y LA TEORÍA DEL DERECHO

Desde el punto de vista del guion cinematográfico, resulta más atractivo un conflicto que la explicación de un concepto. En *Story* —texto de referencia sobre la sustancia, la

estructura y los principios de la escritura de guiones—, Robert McKee, apunta al papel central del *problema* que plantea la narración cinematográfica y señala al mismo tiempo la importancia de las tramas secundarias como estrategia para relatar la necesaria *complicación* de la vida del protagonista incluso en el drama judicial —tal es el caso, por ejemplo, del enamoramiento de Frank (Paul Newman) de Laura (Charlotte Rampling) en *Veredicto final*, el estupendo y desencantado filme de Sidney Lumet (1982) con guion de David Mamet basado, a su vez, en la novela *Barry Reed* (McKee, 2019: 279)—. En este punto, y al margen de interesantes excepciones, se comprenden el lógico desinterés de la ficción cinematográfica en la elucidación de conceptos y el hecho de que, paralelamente, el predominio de las concepciones más formalistas y ajenas a las dinámicas sociales de la teoría del Derecho haya dificultado la atracción por el campo «Cine y Derecho».

Con todo, creo que algunas características de este campo avalan la posibilidad de una aproximación desde la teoría del Derecho: de un lado, los estudios sobre cine y Derecho han trazado correspondencias más allá de los géneros, de forma análoga a la propia teoría del Derecho entendida como «superdogmática jurídica», es decir, como disciplina que analiza conceptos más allá de las distintas ramas del ordenamiento, un rasgo que, según Peces-Barba (1998: 189), la define como un examen de los diversos ordenamientos positivos orientado a extraer de ellos los conceptos de uso común y las condiciones generales de posibilidad de los sistemas jurídicos. Como recordaba Sergio Pérez, hemos aprendido a disertar sobre la validez, la operatividad o la extrapolación de los conceptos jurídicos implicados a través de las películas (Pérez, 2014: 213-216). De otro lado, en el propio enunciado del campo «Cine y Derecho» hay una teoría implícita (o, al menos, un aspecto de la teoría), esto es, una forma de responder a la cuestión inicial de la teoría general del Derecho: ¿qué es el Derecho? En efecto, la mayoría de las justificaciones introductorias del ámbito «Cine y Derecho» no solo asumen como premisa la (necesaria) superación del formalismo, sino que la propia confianza en la capacidad de una expresión cultural —acreditada en el desarrollo de los estudios de este campo— para transmitir el conocimiento del Derecho constituye justamente la prueba de que la dimensión formal de la ciencia jurídica no agota el conocimiento del fenómeno jurídico. Es así como el cine se erige definitivamente en un instrumento pedagógico útil para una formación interdisciplinar que asume que el Derecho es algo más que el conjunto de normas jurídicas positivas vigentes en un momento concreto de la historia de determinada sociedad: el visionado atento y la reflexión sobre esos materiales permite captar, comprender y evaluar las consecuencias prácticas que implica la aplicación del Derecho más allá del formalismo o la comprensión abstracta del significado de las normas jurídicas. Lo que Triviño denomina «potencialidad emocional del cine» alude, precisamente, a esa forma en que las ficciones cinematográficas conectan (o pueden conectar) las normas e instituciones jurídicas con la sociedad donde se desarrollan. Es decir, el cine es capaz de tematizar de una manera integradora —y por encima del cuerpo específico de una rama del ordenamiento jurídico— diversos aspectos del Derecho y del conocimiento jurídico entendidos como fenómenos socioculturales.

De este modo, y partiendo de la relación implícita entre sociedad, cultura y Derecho, gran parte del cuerpo de los trabajos sobre «Cine y Derecho» suministran, aun sin propo-

nérselo, una respuesta a la pregunta por el objeto y comparten explícitamente una teoría multidimensional del Derecho o una visión cultural del fenómeno jurídico (Aymerich y García Cívico, 2020: 11-20). A menudo, la propia estructura de los trabajos (en bloques, capítulos o secciones que abordan de manera sucesiva el Derecho positivo, la eficacia social y la legitimidad o los debates morales, éticos y políticos sobre la norma) asume todos —o, como mínimo, algunos— aspectos de la teoría tridimensional construida por Miguel Reale, aproximación de acuerdo con la cual resulta posible hablar del Derecho *al menos* desde tres perspectivas: formal, social y valorativa. Se trata de una visión integral que tiene en cuenta la totalidad dialéctica de sus elementos: el normativo (norma), el factual, social e histórico (hecho) y el ético-moral (el valor de justicia que quiere preservarse) (Reale, 1985: 207 ss.). Otras veces, los distintos usos del lenguaje (descriptivo, propositivo, valorativo) con los que se expresa esa representación del conflicto con relevancia jurídica enmarcado en la vida cotidiana permite la triple aproximación con la que los manuales de teoría del Derecho presentan la posibilidad de aprehender lo jurídico: la ciencia jurídica, la filosofía jurídica y la sociología del derecho.

En ambos casos, a través de las múltiples formas de correlación entre hechos, valores y normas surgen y se desarrollan círculos de experiencia jurídica, los cuales, a su vez, se influyen recíprocamente, hasta el punto de que el relato cinematográfico (también pueden serlo, desde luego, el drama teatral o la ficción literaria) es el ejemplo perfecto de que aquellas dimensiones no se presentan aisladamente, sino imbricadas. Precisamente, ese es el punto del análisis que, en clave de teoría del Derecho, lleva a cabo Ricardo García Manrique de *Anatomy of a murder* (1959) el filme de Otto Preminger, una muestra excelente y paradigmática del *courtroom drama* y una lección sobre lo que es el Derecho que va mucho más allá de la rama penal (García Manrique, 2019: 202). Por encima de aquella historia, reflexiva y ponderada —la de un proceso por asesinato y el encaje del «impulso irresistible» como «percha legal» (*legal peg*)— «[…] se nos impartía una admirable lección de Derecho […] no solo acerca del proceso penal, sino también acerca del sentido último de lo jurídico». En aquella reflexión sobre las *impurezas del Derecho* (García Manrique, 2010: 232-233), la elección de la escena en la que el abogado (antes fiscal) interpretado por James Stewart trataba de enseñar al acusado «la letra de la ley» ilustraba la concurrencia *sinfónica* de las dimensiones normativa, axiológica, institucional, profesional y deontológica: distintos planos de análisis teórico del Derecho identificados por separado a partir de su representación dialéctica.

No es frecuente, sin embargo, el recurso al cine para la explicación de conceptos propios de la teoría del Derecho; una de las hipótesis de este artículo apunta a que, posiblemente, cuanto más formalista sea la teoría, más dificultades se encontrarán, y que, por el contrario, la asunción de una teoría del Derecho de inspiración sociológica propiciará tanto la visibilidad de las correspondencias cuanto las posibilidades de comprensión de los presupuestos sociales del fenómeno jurídico a partir de la ficción cinematográfica. Antes de proponer algunos ejemplos concretos del uso del cine para la ilustración de una teoría del Derecho de inspiración sociológica, me interesa recordar algunas conexiones entre el cine y ciertos temas de la sociología cercanos a las preocupaciones teóricas de nuestra área.

3. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL CINE Y ALGUNOS TEMAS DE LA SOCIOLOGÍA (NO NECESARIAMENTE JURÍDICA)

Al igual que entre el cine y la filosofía se establecieron pronto un sinfín de puentes y conexiones —desde la trabazón mágica con la formación de imaginarios relacionados con deseos a la transformación hipermoderna como «pantalla global» de Lipovetsky y Serroy (2009: 8-72) o a la distinción entre el «hecho fílmico» y el «hecho cinematográfico» en relación con la visión del mundo de la vida y *la vida del mundo* en Deleuze (1984, 1987)—. También Adorno, Foucault o Baudrillard, con diferentes argumentos y prioridades, recurrieron a las imágenes en sus análisis del poder y las dinámicas sociales. La autoridad *de facto* del cine para orientar conductas sociales fue observada tempranamente por un amplio elenco de instituciones e ideólogos (desde las distintas formas de censura y la propaganda política hasta la promoción de virtudes por los ministerios de defensa en periodos de guerra) y alcanza hoy fenómenos como la llamada «cultura de la cancelación» (García Cívico, Peydró, Pérez de Ziriza y Valero, 2022).

Tal como sugiere Gérard Lenne, si una definición lingüística del cine y de su movimiento es objeto de la historia, el estudio del cine, de su *poder*, cae del lado de la sociología (Lenne, 1970: 15). La capacidad de comunicación del cine incluye la transmisión eficaz de mensajes y, por tanto, la orientación de conductas. En cuanto instrumento de control social, recorre las preocupaciones de Lenin o Goebbels; igualmente significativo fue el interés de Carl Schmitt en ponerlo al servicio del orden existente. El cine no es solo la industria de lo imaginario, como escribía Edgar Morin en *El cine o el hombre imaginario*, sino también la gran corporación de los imaginarios sociales. Para Serguéi Eisenstein, el cine ya tenía una razón instructiva relativa a la formación y la conformación de actitudes políticas y valores sociales. Por ello, junto al enfoque político o ideológico, siempre cabe una aproximación relacionada con el poder del cine como cuestión de la sociología (y, en lo que respecta a la conformación de imaginarios sociojurídicos y la modulación de una cultura legal, ya como cuestión de la sociología jurídica).

El cine no solo actúa como cámara de eco del imaginario colectivo, sino que es, también, un «soporte y polea de las representaciones sociales» (Imbert, 2010: 11)[4] que pueden hacer referencia a cuestiones de legitimidad social. Entramos en el reino de lo imaginario, decía Morin, cuando las aspiraciones y los deseos —y sus contrarios: los temores y los terrores— arrastran y moldean la imagen *para ordenar* de acuerdo con su lógica de los sueños, mitos, religiones, creencias y literatura precisamente todas las ficciones (Morin, 2001). Si acotamos la capacidad del cine para generar imaginarios y representaciones a su energía para conformar referentes del imaginario jurídico (es decir, de una parte del imaginario legal como uno entre los distintos imaginarios normativos), nos encontramos con lo que en otros lugares hemos llamado «norma *en* la imagen» (García Cívico, 2019 y 2020), un subtipo a su vez de los estudios centrados en la «norma y la imagen» en los que la amplia temática de su campo puede incluir tanto el reflejo de los movimientos antiformalistas (de Ihering a Gény) como algunos epítomes del realismo jurídico —pienso, por ejemplo, en el análisis del papel del juez según el realismo jurídico escandinavo que Juan Antonio Gómez

García realizaba a partir de *El rito* (1969), una de las películas menos conocidas de Ingmar Bergman (Gómez García, 2008: 101-123)—.

El cine también *muestra* (escojo deliberadamente el verbo para suscribir plenamente la fina intuición de Wittgenstein) lo que no puede decirse no solo en el plano político, sino también ontológico: tal es el espacio del artista como crítico del sistema. Jean-Luc Godard dedicó su obra a descubrir las posibilidades del lenguaje cinematográfico en ese sentido, pues la política está transida de imágenes de la autoridad y de las relaciones interpersonales cargadas de ideología (un ámbito emplazado entre la filosofía política y la politología). Bajo esta premisa, podrían analizarse las conexiones entre el estado constituyente y el arte performático, dado que en la obra de los artistas más conocidos de los años setenta —Warhol, Rauschenberg o Joseph Beuys— aún late el impulso de presentar una descripción *poética* de la sociedad que, con diferencias de estilo y grado, es una crítica y una… *praxis*. El hecho de que sea una crítica de las normas sociales es lo que permite establecer otra analogía con la sociología del Derecho: el análisis de las fuentes no formales del Derecho y, en relación con ello, como destacaba Rivaya, la normatividad de organizaciones no estatales que plantean películas como *M, el vampiro de Düsseldorf* (Lang, 1931) o *El delator* (Ford, 1935) (Rivaya y De Cima, 2004: 65).

Otro punto de interés tiene que ver con los estudios sociológicos sobre la percepción de la desigualdad, así como sobre la función distributiva y de provisión de bienes y servicios del Estado de Derecho (tanto en la regulación como en la desregulación de las relaciones económicas) y la manera en que esta es percibida por los ciudadanos. Ninguna ficción cinematográfica como la que condensó el *Free Cinema* inglés en los años sesenta supo reflejar los problemas de la movilidad social vertical y el envés del sueño meritocrático, uno de los temas clásicos de la sociología. El cine ofrece una representación de la eficacia real de las normas (o de su efectividad) y de algunos aspectos relativos al desarrollo de una función del Estado (asumida por el Estado social de Derecho desde las primeras décadas del siglo XX): la distribución de bienes económicos y de *oportunidades sociales*. Pues bien, si hubo una vez una ficción capaz de reflejar todo el clima anímico y social de una generación enfadada (*angry*) con la supervivencia de las barreras de clase social y las falsas promesas de movilidad meritocrática, esa fue sin duda la obra teatral de John Osborne, llevada luego al cine por Tony Richardson, *Look back in anger* (*Mirando hacia atrás con ira*, 1959). Tanto Osborne como Richardson formaban parte de los *Angry Young Men* —los jóvenes airados o iracundos—, un grupo de autores británicos de finales de los años cincuenta empeñados, frente al escapismo literario o cinematográfico del momento, en entrecruzar críticamente la psicología social sobre la legitimidad de las posiciones sociales, las proyecciones sentimentales y el peso de las marcas del pasado. La fuerza literaria de ambos autores (también podíamos incluir ciertas obras de Kingsley Amis y Alan Sillitoe) conseguía expresar la amargura de las clases «trabajadoras» respecto al sistema sociopolítico de su tiempo.

En particular, *Look Back in Anger* reflejaba un profundo descontento social vinculado a la experiencia de la desigualdad material y a la idea de que la rígida estructura de clases no traducía lo que la gente de verdad *se merecía*. Su estética gris y realista de aire documental (fotografía en blanco y negro, lenguaje popular, escenarios laborales) y su marcado com-

promiso con lo que en el ámbito académico se llama «justicia social» —esto es, la aspiración a un tipo de sociedad igualitaria, decente y mínimamente cohesionada donde la gente puede desarrollar sus capacidades y aprovechar ciertas oportunidades sociales referidas a bienestar, educación y empleo— constituía el rutilante correlato de la literatura académica sobre la reproducción social (en la línea de Pierre Bourdieu) y los modos de la redistribución económica: las películas de Jack Clayton (*A Room at the Top*, 1959), Karel Reisz (*Saturday Night, Sunday Morning*, 1960), Lindsay Anderson (*This Sporting Life*, 1963) o John Schelesinger (*A Kind of Loving,* 1962) insistieron en la mostración de las barreras sociales, las experiencias reales de la clase obrera y, en particular, la dolorosa amargura con la que empezaban a percibir aquello que el sociólogo también británico T. H. Marshall describía en *Ciudadanía y clase social* como límites de la desigualdad material legítima (o soportable) en el seno de la ciudadanía democrática: que las diferencias económicas no deben ser muy profundas ni generar el sentimiento en el pobre de que no lleva la vida que merece (Marshall 1998: 75). Sobre el mismo tema, pero cambiando de registro artístico (hacia un cine más comercial), ¿no refleja la estupenda *Regreso al futuro* (Zemeckis, 1985), con su refulgente posibilidad de que una sola acción —el puñetazo en el pasado revisitado del padre del aparente joven protagonista, Marty, George McFly (interpretado por el magnífico actor Crispin Glover) al «matón» del instituto—, determine no solo el curso de acontecimientos futuros, sino también la posición socioeconómica y el bienestar emocional y sexual de toda la familia McFly? Se trata de un ámbito cargado de arquetipos y ambigüedades, pero muy potente, una renovación de la antigua persuasión de las imágenes fundacionales y mitológicas del *american dream*, la *confianza en uno mismo* metaforizada por Waldo Emerson como *primer peldaño para ascender por la escalera del éxito* y su formidable capacidad de emulación-adhesión que explican, en gran medida, el individualismo meritocrático y la desconfianza hacia la intervención estatal y algunos de sus corolarios, entre ellos el debatido sistema de salud pública? (Freeman, 2016: 161-162).

La perspectiva de la teoría del Derecho de inspiración sociológica no es realista en un sentido poético. Aunque no le falte razón a María José Bernúz cuando señala que «los juicios en el cine, cine son. Y no son realidad, aunque lo parezcan», Slavoj Žižek, entre otros, ha destacado, de forma mucho más general, que la ficción cinematográfica puede resultar *más real que la realidad misma*. Con todo, en la actualidad la teoría del Derecho no puede prescindir de su relación con la realidad social: la aceleración de los cambios culturales y las prácticas sociales, la diversidad cultural, la nueva moral crítica, o la formación de la ciudadanía (como centro de la soberanía legislativa) son piezas que deben integrarse en la definición del objeto, el fin y las funciones del Derecho, al igual que todas las expresiones culturales que permiten entender mejor la cotidianidad de los conflictos y la compleja cuestión de la orientación de las conductas. Benjamin Rivaya coincidía con Antonio Costa en la idea de que el cine no solo sirve para reflejar los cambios sociales, sino también para provocar o acelerar procesos de transformación social y política (Rivaya y De Cima, 2004: 91). Desde esa perspectiva, podría rastrearse la «huella» en el índice de divorcios tras el estreno de películas de gran impacto social como *Kramer contra Kramer* (Benton, 1979).

Pero decíamos que no pretendíamos realizar un listado exhaustivo; baste, pues, para acabar, hacer referencia a unos cuantos ejemplos de otros temas propios de la sociología limítrofes con la sociología del Derecho: el análisis de *El gatopardo* llevado a cabo por Jorge Correa y Sergio Villamarín propone una interesante reflexión sobre las fuentes sociales del Derecho al hilo no solo del declive del ideal aristocrático decimonónico, sino también de la emergencia de nuevas fuerzas sociales afectadas por los cambios legislativos en el derecho de propiedad (Correa y Villamarín 2005: 85 ss.). El cine ofrece ejemplos que avalan la vertiente —e incluso la naturaleza— social de muchos derechos que tradicionalmente se estudian bajo otro rótulo: así, Añón analizaba el derecho de acceso a la justicia (Añón Roig, 2018: 19-75) una trama que atraviesa el cine social de Ken Loach o de los hermanos Dardenne. Una de las aportaciones fundamentales de la sociología jurídica estriba en la descripción del modo en que la dinámica social genera normas y, dentro de estas, normas jurídicas. García Pelayo recurrió, en este sentido, al clásico de Pasolini *Saló o los 120 días de Sodoma* (1975) para reflexionar sobre la cultura de masas y la mutación antropológica de la juventud italiana (García Pelayo, 2004: 52).

4. IMÁGENES PARA UNA TEORÍA DEL DERECHO DE INSPIRACIÓN SOCIOLÓGICA

Hemos apuntado arriba que la incorporación de las ficciones cinematográficas para exponer y comprender la pregunta «¿qué es del Derecho?» como cuestión típica inicial de la teoría general del Derecho es más viable en una teoría del Derecho de inspiración sociológica. Aquí el sintagma «inspiración sociológica» no solo pretende sortear la rigidez de la nomenclatura o las inasumibles pretensiones sostenidas, entre otros, por Ehrlich o Kantorowicz en relación con la sociología jurídica (a la que quisieron presentar como la verdadera ciencia jurídica frente a la dogmática), sino referir, mediante el recurso al ámbito sociojurídico, la superación tanto de las estrecheces explicativas de los esquemas positivistas de la teoría general del Derecho de inspiración analítica como los excesos filosófico-especulativos[5] tomando en cuenta la sugerencia de Gregorio Robles, a saber, «[…] un entronque no forzado de la sociología del Derecho con la teoría del Derecho y, en general, con las ciencias jurídicas tradicionales» (Robles, 1993: 65).

Aunque en esa apertura de la teoría tradicional hacia la sociología hayan contribuido las obras de autores tan distintos como Schauer, Lacey, Offe o Zagrebelsky, y a pesar de que la necesidad del contacto del Derecho con las ciencias sociales haya sido defendida por teóricos tan alejados entre sí como Bobbio (Bobbio, 1990: 219) o Jürgen Habermas[6], con la expresión teoría del Derecho de inspiración sociológica haré referencia a una línea que en nuestro país impulsó, entre otros, el recordado profesor Manuel Calvo. Nunca resulta posible ni justo atribuir la difusión de una teoría a un único autor (tampoco es esa la intención de este epígrafe), pero su todavía reciente y dolorosa desaparición y el acuerdo sobre la valía de su aportación pueden disculpar algunos excesos en este punto. Como señala

Ignacio Aymerich —otro claro exponente de esa línea— el rótulo «teoría del Derecho de inspiración sociológica» apunta únicamente a la orientación sociológica de la teoría del Derecho crítica con las limitaciones de una teoría cientificista que esbozó Manuel Calvo en «¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la teoría del derecho?» (Calvo García, 2010) y en *Positivismo jurídico y teoría sociológica del derecho* (Calvo García, 2014)[7].

¿Por qué las imágenes cinematográficas encajan de forma particularmente sugestiva en ese tipo de teoría del Derecho[8]? ¿Qué temas y tópicos de esa teoría de inspiración sociológica pueden ser ilustrados por las imágenes cinematográficas? Con carácter general, a una teoría del Derecho que parte de la naturaleza intrínsecamente normativa de la sociedad le interesan los relatos cinematográficos que muestren, directa o indirectamente, cómo el Derecho es construido y reconstruido socialmente, es decir, que aporten elementos de conocimiento para —como apunta, de nuevo, Aymerich— permitir la superación de la distinción kelseniana entre ciencias basadas en relaciones de causalidad y ciencias basadas en relaciones de imputación, diferenciación que impedía considerar la posibilidad de que la división entre hechos y normas se generara en el propio nivel social. Otras cuestiones interesantes susceptibles de ser abordadas por ciertas ficciones cinematográficas podrían ser —por centrarme en los temas introductorios de la teoría y, de nuevo, sin pretensión de exhaustividad— el Derecho como fenómeno social, la autonomía del subsistema jurídico, la eficacia real de las normas (la efectividad), el acento en las funciones sociales del Derecho o algunos aspectos de la distinción del Derecho de otros órdenes normativos.

Si el «buen cine» (como la buena literatura) es capaz de destruir ideas estrechas y poco meditadas sobre los conceptos básicos del Derecho, resultará posible mostrar, en primer lugar, ejemplos de ficciones que desmontan reduccionismos, tarea que coincide con la primera función del docente: deshacer ideas preconcebidas. En relación con el Derecho concebido como fenómeno social, Aymerich ha sostenido que «[…] todo conocimiento experto comienza por saber desprenderse del tópico, del saber popular. Sobre el Derecho circulan innumerables opiniones corrientes, pero de un jurista se espera que sepa desenvolverse a otro nivel y manejar conceptos jurídicos sin dejarlos reducir al nivel de lugares comunes que se repiten irreflexivamente» (Aymerich, 2020: 15). Me gustaría añadir que esos tópicos y lugares comunes no solo son ideas adheridas a la mente del estudiante por ciertas lecturas y por cierta atención prestada a los medios informativos, sino también por las imágenes del cine y la televisión. Cabe, por tanto, retener que —por decirlo con título clásico de Monte Hellman—, en lo que respecta a la construcción y destrucción de tópicos, ideas preconcebidas y esquemas rígidos el campo «Cine y Derecho» circula por una *carretera asfaltada en dos direcciones*. El propio David Mamet relacionaba los delirantes usos de la violencia por parte de conocidos *actores del orden* (en servicios de inteligencia o como policías «de calle»») en títulos comerciales (hasta hace poco la serie James Bond o la «franquicia» *Harry el sucio*) como influyentes «sociopatías» (Mamet, 2008: 180). El relato cinematográfico también determina o contradice, cristaliza o fragmenta la visión del «otro» como inferior. Basten unos sencillos ejemplos: la imagen del nativo, desde *Terrors of the Jungle* (McRae, 1915) al reciente fenómeno conocido como «tokenismo» (las representaciones superficiales de la diversidad étnica en los repartos corales de Hollywood), naturaliza

una visión altamente jerarquizada de la diversidad étnica; la representación de la venganza privada tras el ilícito criminal, hoy incluso bajo el epígrafe de nuevo cuño *rape and revenge,* moviliza aspectos que ponen en cuestión el monopolio de la violencia física legítima teorizado por Max Weber, que no solo es un presupuesto de la existencia del Estado, sino también de un estadio civilizatorio. Los estudiantes acceden a la teoría del Derecho con otros sesgos que afectan a cuestiones básicas del Derecho: desde una visión esquemática y dicotómica del crimen y la delincuencia hasta una concepción fantasiosa del ejercicio de las profesiones jurídicas, o, por señalar dos tendencias actuales, desde un recelo hacia la verdad y los mecanismos lógicos de la decisión jurídica hasta el papel que desempeña la política en relación con la necesaria autonomía del subsistema jurídico.

Si en la actividad docente el uso de las imágenes cinematográficas como herramienta para la enseñanza de la teoría del Derecho (en forma de cita ilustrativa, proyección de secuencia o cinefórum) guarda esa estrecha relación con la paulatina erradicación de los estereotipos (que alcanzan no pocas veces el razonamiento jurídico) y otros elementos asociados con ellos —como los sesgos, los prejuicios, el estigma y las generalizaciones indebidas del derecho antidiscriminatorio—, debemos considerar, desde las primeras lecciones del tipo de teoría del Derecho de la que hablamos aquí, la forma en que el cine ha *deformado*, merced a la asunción acrítica de algunas falacias y lugares comunes, conceptos básicos en el inicio de la comprensión del Derecho como producto social, histórico y humano, así como de la naturaleza social del ser humano.

5. IMÁGENES SOBRE LA NATURALEZA SOCIAL DEL HOMBRE

Uno de los primeros tópicos a los que se puede hacer frente desde al análisis del Derecho como fenómeno social atañe al debate, excesivamente especulativo, escasamente científico y a menudo voluntarista y maniqueo, acerca de si el hombre (la mujer y el hombre) son «buenos» o «malos» por naturaleza. Más allá de que una aproximación grosera y superficial a la cuestión sirva para dar a conocer las posiciones antropológicas y las metodologías explicativas del (igualmente acientífico) contrato social de autores como Hobbes o Rousseau, lo bien cierto es que, frente a la filosofía más especulativa y algunas tesis de la teoría dualista sobre el reflejo jurídico de valores morales (Aymerich, 2008: 107 y ss.), el campo antropológico, psicológico y sociológico ha resuelto en gran medida la cuestión afirmando que el ser humano no es ni «bueno» ni «malo» por naturaleza, sino que tiene una naturaleza social. Como sostuvo Arnold Gehlen, el ser humano nace desprovisto de «código de conducta», de ahí su permeabilidad a las contingencias epocales, sociales o culturales: tanto la identidad individual como la personalidad jurídica son el resultado de interacciones normativas, entre ellas, como destaca Aymerich con apoyatura en Weber y Foucault, las interacciones a través de normas e instituciones jurídicas: «No se concibe la identidad personal como algo dado y referido a sí mismo, semejante a una mónada, sino como identidad dinámica que se define por la participación activa del sujeto en las estrategias que forman parte de las prácticas sociales […] los ayuntamientos, gremios, comunida-

des de mercado de toda índole que menciona Weber, justamente con los derechos y deberes con ellos emparejados, no son para el individuo un conjunto de relaciones sociales externas a su propia identidad, sino los constituyentes de ella» (Aymerich, 1993: 398-399). Según Aymerich, la normatividad no es un orden que se imponga a la realidad social *desde fuera*, sino que esta es constitutivamente normativa; precisamente, lo que mostró el interaccionismo simbólico de Mead en el caso del lenguaje es que las reglas no son algo que controla *desde fuera* el orden de la comunicación. Los conceptos elementales de la descripción social (qué es un individuo, qué es la interacción social, cómo se reconocen los individuos a sí mismos y cómo reconocen a otros en las interacciones sociales) están configurados a partir de la capacidad de participar en relaciones gobernadas por normas, comenzando por los juegos infantiles en que los niños aprenden qué significa seguir una regla (Aymerich, 2020: 179-180). Si las reglas no son algo que controla *desde fuera* el orden de la comunicación, sino que la existencia misma de la comunicación demuestra la validez de dichas normas, tampoco la normatividad es algo que mantiene desde fuera un sistema de relaciones sociales organizadas, sino que la participación en las relaciones sociales implica tener la capacidad de seguir normas: «[…] la normatividad es constitutiva de las relaciones sociales y, por tanto, describir las relaciones sociales implica desde el primer momento entenderlas normativamente. La descripción sociológica es ya descripción de normas» (Aymerich, 2020: 180). En relación con esto, y frente a la tesis que identifica la sociología jurídica como la ciencia que estudia las relaciones entre Derecho y sociedad, en los capítulos de los distintos manuales de teoría del Derecho en los que he colaborado con Aymerich[9] hemos insistido —entroncando con las tesis de Luhmann (2005: 70)— en que en una afirmación de este tenor anida el error según el cual el Derecho puede existir *fuera* de la sociedad.

Los referentes cinematográficos idóneos para mostrar no solo la naturaleza social del hombre sino muchas de las cuestiones relativas a la comunicación, al lenguaje y a la norma son aquellos que ilustran el difícil (a menudo imposible) proceso de socialización tardío y las infructuosas tentativas de comunicación con los niños lobo o salvajes: niños que han crecido alejados de cualquier otro ser humano. En *Rapports et memoires sur le sauvage de l'Aveyron*, el médico y pedagogo Jean Itard trataba de comunicarse con una criatura hallada en 1799 en los bosques del mediodía francés a la que llamaron Víctor por su facilidad para pronunciar y oír la letra «o». En *El pequeño salvaje* (1970), la película de François Truffaut cuya hermosa fotografía corrió a cargo de Néstor Almendros, el propio Truffaut interpreta al ilustrado Itard.

Con su potente y atractiva prosa, Itard describe el caso de este *feral* no solo como médico y pedagogo, sino como ilustrado francés. Cuando, a finales del siglo XVIII, este pequeño salvaje viajó de Aveyron a París rodeado de gran publicidad y expectación, Víctor no era, desde luego, un niño, pero tampoco un animal. El niño selvático significaba la posibilidad de contrastar empíricamente las ideas filosófico-antropológicas del tiempo de la Razón analizando su más preciado objeto de reflexión: la naturaleza humana. Los estudios de Itard reflejados en el filme de Truffaut constituyen modelos de rigor científico, metodológico y claridad expositiva. El niño —sucio, afectado por movimientos espasmódicos— mordía y arañaba a quienes se le acercaban, no mostraba afecto a quienes le cuidaban,

parecía indiferente a todo y no prestaba atención a nada. Desmentía, sobre todo, la imagen romantizada del hombre en estado natural. Tanto las imágenes del filme de Truffaut como el libro de Itard, con introducción y notas de Sánchez Ferlosio en su edición española, pueden ilustrar la naturaleza sociolingüística de los hombres (*zoon politikon*, al decir de Aristóteles) y la refutación de la ilusoria, falsa —pero poderosa— imagen rousseauniana del hombre bueno por naturaleza o «buen salvaje»: el hombre no nace bueno ni malo. Tampoco la sociedad corrompe al hombre. Frente al mito del buen salvaje de Rousseau o las improbables imágenes de las adaptaciones cinematográficas del Tarzán de Edgar Rice Burroughs (el espécimen de hombre blanco como natural «rey de la selva» como imagen-tópico a la que nos referíamos arriba), lo que muestran perfectamente las historias de niños salvajes es que la sociedad hace humano al hombre[10], esto es, ponen en evidencia un aspecto fundamental de la constitución normativa de la vida social y constituyen un ejemplo cinematográfico para los epígrafes relativos al lugar del Derecho en las relaciones sociales y, en particular, al Derecho como orden social[11].

6. EL CINE EN LA DISTINCIÓN DE SISTEMAS NORMATIVOS: DERECHO Y MORAL

Muchas de las aproximaciones al papel de la moral en el cine parten de una analogía con la literatura. En *Justicia poética*, Martha Nussbaum recurre a la «vasta imaginación» que ve la eternidad en los hombres y las mujeres (en la imagen del poeta Walt Whitman) para robustecer la confianza en que la razón pública se beneficie de lecturas de novelas que aumentan nuestra compasión, nuestra imaginación moral, y, por tanto, nuestra empatía. La autora norteamericana recuerda que la narrativa y la imaginación literaria no solo no se oponen a la argumentación racional, sino que también pueden aportar a la misma ingredientes esenciales, y que en vida de William James y John Dewey se daba por descontado que los comentarios filosóficos sobre literatura y arte formaban parte del discurso público (Nussbaum, 1997: 64-65). La cuestión de la empatía y de la imaginación también es central en la obra de Iris Murdoch y tiene, sin duda, fértiles aplicaciones en el ámbito de la teoría de la justicia. Sin embargo, a la perspectiva sociológica de la teoría del Derecho a la que nos estamos refiriendo aquí no le interesa tanto esa supuesta empatía afectiva (eventualmente dudosa) o el problema moral de la elección entre el bien y el mal (que pocas veces se produce así en la vida real), sino las zonas de *grises* o los claroscuros, los solapamientos entre sanciones externas e internas —pienso, a modo de ejemplo, en *Delitos y faltas,* (Allen 1989)— y, sobre todo, aunque no únicamente, las formas a través de las cuales la moral social recurre habitualmente a la coerción, una persuasión ejercida para forzar la voluntad y la conducta. Se trata del análisis, realizado a partir de la ficción cinematográfica, de las formas de coacción no instituidas formalmente y de las influencias y estrategias difusas que pueden relacionarse con la garantía externa que se da cuando quienes orientan su comportamiento por los mandatos del orden legítimo lo hacen en consideración a las consecuencias externas que tendrá comportarse de una u otra manera. En *La presentación de la*

persona en la vida cotidiana, el pionero de la microsociología Erwin Goffman analizó con detalle el modo en que actuamos frente a otros (y a veces frente nosotros mismos), como si la vida fuera un teatro, pero no para encajar de cualquier manera en todos los ámbitos —como en la paródica y divertida *Zelig* (Allen, 1983)—, sino para tratar de proyectar una imagen determinada de nosotros mismos.

La etimología de la moral (*mores* en latín) y de la ética (*ethos* en griego), que remiten a la idea de costumbres, parece un buen punto de partida para explicitar, desde un prisma social, los distintos órdenes normativos. Los grupos humanos se cohesionan a través de códigos y ficciones compartidas. Probablemente, las normas mágico-religiosas fueron las primeras en unir a un grupo y distinguirlo de otro. La teoría del Derecho puede adoptar una perspectiva aristotélica en ese punto: los valores no existen en el «cielo» de los conceptos (como querría Platón), sino que los vemos incorporados en las acciones de las personas «reales», y (en lo que aquí interesa) en esos entes de la imaginación literaria y cinematográfica que llamamos «personajes» y que comparten aquella etimología tantas veces repetida, pero siempre gráfica, que remitía al *prósopon* griego: máscara del actor. Una idea similar la expresó Nietzsche —un poco antes de la invención del cinematógrafo— en su opúsculo *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral* (1873): «Decimos que un hombre es honesto. ¿Por qué ha obrado hoy tan honestamente?, preguntamos. Nuestra respuesta suele ser como sigue: A causa de su honestidad. ¡La honestidad! Esto significa a su vez: la hoja es la causa de las hojas». Los valores no existen en el cielo de los conceptos, sino que los vemos incorporados en concretos cursos de acción de la vida social. A lo largo de la historia —de acuerdo con ese sentido progresivo que constituye una de las premisas de la dimensión cultural del Derecho—, epopeyas, cantos y extensos poemas dieron paso a pinturas y novelas y estas a películas o series de ficción. Los personajes literarios, operísticos o cinematográficos *encarnan* valores que comprendemos mejor por su *pegajosa* interacción con pares, normas e instituciones: entes de la imaginación filosófica, literaria, cinematográfica, figuras como recreaciones de antiguos maestros, constructos poético-filosóficos cuya densidad de presencia —la de un Fasltaff, un Hamlet, una Ana Karenina— son, al decir del crítico cultural George Steiner, capaces de *poseernos* (Steiner, 2004: 29-30). Los valores son encarnados y a la vez representados por los «personajes» de la ficción artística, literaria y cinematográfica. Dicho de otra forma, y conectando con algunos presupuestos sobre la sociología dramática (de nuevo la de Norbert Elias, Erwin Goffmann y otros), la moral forma parte de una estrategia de socialización. Un tema poco estudiado por la sociología jurídica es la influencia de la ficción cinematográfica sobre el comportamiento del ciudadano más allá del curioso ámbito de la criminalidad (así, la imitación de los modos del habla, del vestuario e incluso de las expresiones faciales de los actores en filmes de gran repercusión como *El padrino* por parte de la mafia real).

El cine y la facilidad con la que muestra la intención detrás del acto (Castro, 2008: 139) también se reivindica como un instrumento fundamental para la comprensión de la moral. Igualmente, en el terreno estético, el análisis de las distintas esferas (por decirlo con Michael Walzer) de la vida social (la estética, la religiosa, la jurídica, la moral) permite abrir los ojos al estudiante acerca de la complejidad de los juicios morales en el campo es-

tético. No podemos extendernos en este punto; baste apuntar que la idea de que la belleza y la bondad (de la obra o del autor) van unidas es, en algún imprescindible punto de la vida, claramente contrafáctica: no nos gusta solo lo moral o lo legal, sino que acostumbra a suceder al revés. Quizás la enunciación más célebre de este hecho se debe al sociólogo Max Weber, quien, en una de sus más célebres conferencias y trayendo el caso del poeta Baudelaire, afirmó: «Si hay algo que hoy sepamos bien es la verdad vieja y vuelta a aprender que algo puede ser sagrado, no solo aunque no sea bello, sino p*orque* no lo es y *en la medida* en que no lo es. En el capítulo LIII del *Libro de Isaías* y en el *Salmo XXI* pueden encontrar ustedes referencias sobre ello. También sabemos que algo puede ser bello, no solo aunque no sea bueno, sino justamente por aquello por lo que no lo es. Lo hemos vuelto a saber con Nietzsche y, además, lo hemos visto realizado en *Las flores del mal*, como Baudelaire tituló su libro de poemas […] estos no son sino los casos más elementales de esa contienda que entre sí sostienen los dioses de los distintos sistemas y valores» (Weber, 1997: 216-217).

En el siglo XIX, el arte se constituyó como una suerte de jurisdicción independiente de los poderes políticos, económicos, religiosos o «morales» a los que el pintor o el músico se habían visto obligados a someterse en épocas anteriores (hoy cabe incluir al cine y a las series de ficción). José Luis Pardo lo ha expresado a la perfección: «El principio en virtud del cual los tribunales dejaron de juzgar a las personas por su biografía para hacerlo exclusivamente por sus acciones es el mismo que, en el dominio de la cultura, determinó que los tribunales con jurisdicción en este ámbito dejasen de considerar a los autores en función de su vida y lo hiciesen únicamente de acuerdo con su obra […] A partir de ese momento puede exigirse que la producción y la valoración de las obras de arte se lleve a cabo en función de criterios exclusivamente estéticos que nada deban para su legitimación a otras esferas del juicio» (Pardo, 2018). De ahí el logro civilizatorio que supuso la racionalización jurídica (el imperio de la ley por encima del gobierno —caprichoso, arbitrario— de los hombres) y la idea de que el Derecho juzga actos y no biografías, una conquista análoga a la del campo estético en virtud de la cual la obra de arte adquiere autonomía respecto a los vicios o las virtudes morales del artista. Como explicó Nietzsche en *La genealogía de la moral*, en el momento en el que lo primero ocurrió la humanidad abandonaba (no podemos decir que *para siempre*) la jurisdicción de la naturaleza y entraba en joven en una inédita «situación de Derecho»: la justicia solo tiene ojos para la acción del pederasta o del ladrón, pero es ciega a la identidad personal de su autor, a quien no castiga por lo que es, sino por lo que hizo.

Junto a la separación entre ética y estética, cabe retener que el Derecho contiene normas jurídicas institucionalizadas, es decir, distintas de las morales. Es posible que un político acusado de malversación de fondos público sea un gran cristiano (al menos en la descripción que haga de sí mismo), un buen padre, un vecino ejemplar y un arquitecto íntegro, pero también lo es que, más allá de esas virtudes, cometa un acto tipificado como delito. La moral, por otro lado, no es un atributo de las «buenas personas», sino, a menudo, una carga, un desafío individual que obliga autónomamente a actuar frente al grupo, o frente al peligro, con tal de no desviarnos de unas molestas convicciones personales: así, Atticus Finch en *Matar a un ruiseñor*, revisado recientemente por Javier de Lucas (De Lucas, 2021)

o el jurado número ocho interpretado por Henry Fonda en el clásico de Sidney Lumet *Doce hombres sin piedad*.

Menos evidente, pero en mayor medida reivindicable, es el estudio de la presencia de la moral en individuos «inmorales». En este sentido, los últimos minutos de *Grupo salvaje*, el wéstern crepuscular de Sam Peckimpah, son ilustrativos. En *No es país para viejos* (Coen, 2012), el cazador de antílopes Llewelyn Moss (Josh Brolin) no puede dormir no por haber robado los millones de dólares que unos traficantes sin escrúpulos han obtenido del traficando con heroína, sino porque ha abandonado a un moribundo sediento en medio del desierto. El acoso nocturno de su conciencia moral desencadena una memorable persecución infernal y la tragedia.

7. LA AUTONOMÍA DEL SUBSISTEMA JURÍDICO: *INVESTIGACIÓN SOBRE UN CIUDADANO LIBRE DE TODA SOSPECHA*

Otro tema de una teoría del Derecho de inspiración sociológica susceptible de ser ilustrado con imágenes cinematográficas es la autonomía del subsistema jurídico. En este punto, se debe a la insistencia de Luhmann la propuesta de que pueda existir una teoría del Derecho como resultado de la diferenciación del subsistema jurídico dentro del sistema de relaciones sociales, esto es, de que se pueda describir el Derecho como un sistema autopoiético y autodiferenciador. Este programa teórico implica que el Derecho mismo es la instancia que produce todas las distinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del Derecho no es más que el hecho de su autoproducción: «autopoiesis» (Luhmann, 2005: 85). Algunos títulos del cine italiano de los años setenta tienen como *leitmotiv*, justamente, la «contaminación» de los subsistemas sociales político y jurídico.

Cuando el Partido Comunista Italiano (PCI) aumentó su porcentaje de votos en las elecciones de finales de los años sesenta, la respuesta del *establishment* reaccionario —algunos medios de información conservadores, las fuerzas políticas vinculadas al fascismo, un sector de la democracia cristiana y determinadas esferas judiciales— fue lo se llamó «estrategia de la tensión». Un grupo de directores de cine expresaron entonces puntos de vista políticos (no necesariamente de izquierda) contra esa estrategia de manipulación y confrontación que podían aplicarse igualmente a las tendencias reaccionarias presentes en algunas democracias occidentales. Si en *Excelentísimos cadáveres* (Rosi, 1975) asistíamos sobrecogidos al discurso del juez interpretado por Max von Sydow como una hipérbole (inquietantemente creíble) del decisionismo que François Ost atribuye al juez jupiterino (Ost, 1993: 173), *Investigación sobre un ciudadano libre de toda sospecha* (Petri, 1970) supone, por su parte, una extraordinaria alegoría política, no exenta de un acre sentido del humor, en la que la interpretación histriónica de Gian Maria Volonté da vida a un inspector de policía que comete un asesinato y se recrea en su impunidad (como expresión de poder) al dejar una serie de pruebas que no son consideradas por sus subordinados en una investigación orientada por motivos claramente ideológicos. El inspector interpretado por

Volonté es presentado como un influyente inspector recientemente ascendido al cargo de la Brigada Político-Social de Roma y su ascenso tiene que ver con su afinidad al régimen. Al otro lado de la investigación, la sospecha se hace recaer sobre ciudadanos considerados subversivos por su homosexualidad o por su pertenencia a grupos anarquistas o simplemente de izquierda. Cuando ordena a un trabajador que informe sobre él a la policía, este se retracta en cuanto se da cuenta de que es un importante inspector, mostrando así la propia percepción ciudadana sobre la lógica policial. El filme incluye un alegato filofascista —o del fascismo potencial al que se refiriera Theodor Adorno— en una famosa frase del guion que profiere el inspector-asesino: «Civilización es igual que represión». Pero *¿qué tipo* de represión? La represión a la que alude la película no es la del individuo que reprime en clave civilizatoria sus instintos o su violencia (en el sentido de Norbert Elias), sino la limitación de las libertades por parte de la autoridad. Las patologías del poder se expresan en la sexualidad del inspector —el crimen sigue a una broma de su amante Augusta (Florinda Bolkan) sobre su virilidad—, en la inquietante familiaridad con los detenidos, en el severo trato a sus subordinados. De forma análoga a la querencia del futurismo italiano por la velocidad (y su reflejo en la estética fascista), el perpetuo movimiento (del inspector) parece el de un individuo incapaz de detenerse un solo instante para no dar ocasión a los demás para que constaten su vacuidad y vulnerabilidad. La broma sobre la virilidad es acallada porque también puede ser leída como una crítica a la autoridad que encarna el macho. En un sistema fascista, la libertad limitada no solo es la de la víctima, sino también la del opresor porque ve *definida* su capacidad de actuar: el contraste entre la forma en que el representante de la ley guarda las formas en su despacho y la creatividad corporal y las fantasías en el apartamento del amante pueden analizarse, de nuevo, bajo algunas de las consideraciones dramáticas de la teoría del comportamiento de Erving Goffman. Si para Luhman el subsistema implica una lógica interna y la generación congruente de expectativas en su seno, la respuesta de los subalternos del inspector, incapaces de responder racional y coherentemente a las evidencias de su culpabilidad, es la prueba de una contaminación radical. La corrupción tiene un costado perturbador, pero también un flanco ridículo. Cuando el inspector asesino confiesa con ironía mordaz que «en esta habitación el único culpable soy yo», sucede no solo que su autoinculpación pasa desapercibida, sino también que *ya nadie puede creerle*: la contaminación entre subsistemas (político, policial y jurídico) ha devenido perfecta.

8. SOBRE LA OBEDIENCIA AL DERECHO: *DOUBLE INDEMNITY*

Uno de los mejores guiones de la historia del cine negro, escrito a cuatro manos entre Billy Wilder y Raymond Chandler —una adaptación de la novela de título homónimo del gran James M. Cain— es el del filme de Wilder *Double Indemnity*, de 1944 (lamentablemente traducido en España como *Perdición*), que narra a través de un intermitente *flashback* el crimen de una pareja de amantes. El agente de seguros Walter Neff (Fred MacMurray), herido y a punto de desangrarse, confiesa su malogrado plan al dictáfono que

habrá de escuchar su jefe, Barton Keyes, interpretado por un entrañable Edward G. Robinson. Neff cuenta cómo *aparentemente* prendado de la belleza de Phyllis Nirdlinger (Barbara Stanwyck), una mujer casada a quien conoció en una visita a su casa para renovar la póliza de un seguro, fue convencido (o seducido) por ella para suscribir un seguro de vida a nombre del marido, asesinarlo y cobrar la indemnización. La novela de James M. Cain, con ecos de la *Thérèse Raquin* de Émile Zola, regresa al tema de *El cartero siempre llama dos veces* (llevada al cine en 1946 por Tay Garnett), si bien en ese filme la tórrida sexualidad de la pareja protagonista formada por Lana Turner y John Garfield será más explícita que en el de Wilder, más interesado, a mi juicio, en mostrar la fragilidad de la conciencia moral del norteamericano medio.

En el subepígrafe «Sociología del derecho en el cine» integrado en *Derecho y cine en 100 películas* (Rivaya y De Cima, 2004: 95), el cine aparece precisamente como un instrumento que, junto a la cultura legal, el control social y la opinión pública o la conformación de creencias del público sobre la realidad jurídica, apunta también a la obediencia y la desobediencia del Derecho. Es ahí donde *Perdición* puede arrojar luz sobre algunas interpretaciones relativas a las razones por las que determinadas normas son cumplidas (o no) por sus destinatarios. ¡Es cierto que el código Hays obligó a cubrir el cuerpo de Barbara Stanwyck en el primer encuentro con Fred McMurray, pero creo que la intención de Wilder al rebajar el elemento carnal de la seducción era más bien una crítica social con un destinatario anónimo: el público medio! Ese cinismo corrosivo de Wilder es bien visible en la subjetividad del narrador que mencionábamos arriba: las ambiguas imágenes del *flashback* dejan entrever tanto una culpabilidad compartida, o que no resulta fácilmente atribuible a una sola persona, como la facilidad con las que ceden los mecanismos morales de obediencia a la ley o la justificación interna de la norma.

A pesar de su sobriedad y su precisión en la adjetivación, en el cine negro clásico la narración confesional exudaba habitualmente un suave punto irónico, dicho esto en el sentido de que los hechos más objetivos (tal como los muestra la cámara de Wilder) no encajaban perfectamente en la descripción que el personaje hacía de lo que procesalmente suele llamarse en el *Common Law* «el relato de los hechos» (García Cívico, 2021). Así, la aparentemente irresistible seducción del personaje interpretado por Barbara Stanwyck se antoja al espectador más distanciado muy… subjetiva. ¡Al bueno de Neff —MacMurray es un rostro asociado al cine de Walt Disney— no le hizo falta demasiado para transgredir el gran tabú: no matarás! Por insistir en esa suerte de narrador moralmente poco fiable (*unreliable*), pronto se ve cómo Walter Neff refina el plan incluyendo en el seguro una doble indemnización por muerte a causa de accidente: una suerte de reto para los compañeros de profesión que presume incapaces de desvelar el plan. Escondido en el coche, asesina al marido. Luego se hace pasar por él y, de espaldas a varios testigos, con naturalidad, finge una caída desde un tren y coloca el cadáver del asesinado en su lugar para que parezca un accidente. El jefe de Neff en la compañía de seguros, Barton Keyes (Edward G. Robinson), una figura psicoanalíticamente paternal y un auténtico referente profesional con el que mantiene una relación que bascula entre la admiración y la amistad, será el primero en saber la verdad y le encenderá el último cigarrillo.

También nosotros debemos detenernos aquí. *Perdición* no solo es una gran película, sino también una fina crítica de la facilidad con las que ceden los mecanismos morales de obediencia a la ley o de la justificación interna de la norma en el ciudadano americano medio.

9. BREVE RECAPITULACIÓN

La trayectoria del campo de estudio «Cine y Derecho» ha demostrado que el cine es un medio idóneo para complementar y completar tanto el conocimiento como la enseñanza del fenómeno jurídico. Junto a las posibilidades que ofrece el cine para ilustrar aspectos típicos de las distintas ramas del Derecho (penal, civil, mercantil, etc.), así como los problemas relativos a la legitimidad material de las normas, los factores extrajurídicos en la lógica de la decisión judicial, la teoría de la justicia o los derechos humanos como cuestiones del ámbito de la filosofía del Derecho, la teoría del Derecho, también puede encontrar en las ficciones cinematográficas un soporte que contribuya a la comprensión de los fines y funciones del Derecho, de los conceptos fundamentales, así como de las ideas relativas al Derecho entendido como ordenamiento jurídico. Tras reflexionar sobre la manera en que los estudios del Derecho asumen explícita o implícitamente una teoría multidimensional del Derecho superadora de la estrechez formalista o cientificista y después de integrar buena parte de las aproximaciones a este terreno como ejemplos de las posibilidades de una perspectiva cultural, hemos defendido que esta tarea resulta más fácil si se toma como punto de partida una teoría del Derecho de inspiración sociológica. Con este rubro nos hemos referido a una serie de aportaciones a la teoría del Derecho como las que, entre nosotros, introdujo el recordado profesor Manuel Calvo. Nos hemos apoyado especialmente en algunos manuales de teoría del Derecho en los que Ignacio Aymerich —siguiendo algunas de las tesis de Niklas Luhmann referidas a la autonomía del subsistema jurídico, así como los principales presupuestos teóricos sobre el Derecho de Max Weber y Michel Foucault— propone la pertinencia de una comprensión del Derecho próxima a la sociología jurídica.

Desde esta perspectiva, el cine aparece como modulador de conductas y, en gran medida, como un instrumento civilizador, en consonancia con algunas premisas de la «sociología dramática» teorizada por autores como Norbert Elias o Erwin Goffman. Particularmente, películas como *El pequeño salvaje* (Truffaut, 1970) no solo ilustran epígrafes característicos de la teoría del Derecho de inspiración sociológica como la naturaleza intrínsecamente normativa del hombre y de la sociedad, sino que contribuyen, también, a deshacer algunas ideas preconcebidas así como determinadas tesis escasamente científicas de la teoría y de la filosofía del Derecho más especulativas (determinados planteamientos contractualistas o fantasiosas ideas de cuño rousseauniano sobre la bondad natural del hombre). El clásico *Perdición* (*Double Indemnity*, 1944), de Billy Wilder, aparece aquí como una fina y agria disección de los servofrenos morales y los mecanismos de obediencia (y desobediencia) del Derecho por parte del ciudadano medio. El cine político italiano de los años setenta, paradigmáticamente el filme de Elio Petri *Investigación sobre un ciudadano libre de toda sospecha*

(1970), sigue resultando, por su parte, muy pertinente a la hora de analizar la contaminación de subsistemas como quiebra de la lógica interna y de la generación congruente de expectativas sociales en su seno.

NOTAS

1. A modo de ejemplo, *vid.* el análisis de *Her* (Pérez Caballero, 2019) o de *Matrix* (De Miguel, 2004).

2. Creo, a diferencia de Pérez Treviño y sin asumir la etiqueta de posmoderno, que sí hay interesantes correspondencias, si no entre la crítica literaria y la ciencia jurídica, sí entre algunos aspectos de la ciencia jurídica y la crítica literaria y cinematográfica.

3. Como la cubana *Memorias del subdesarrollo* (Gutiérrez Alea, 1968), la boliviana *La sangre del cóndor* (Sanjinés, 1969) o la experiencia del «Cinema novo» brasileño.

4. Representaciones flotantes, más o menos conscientes, que condicionan nuestra aprehensión de la realidad e inciden en la formación de la identidad social (Lenne, 1970: 11-13).

5. En palabras de García Amado, «[…] cualquier disquisición sobre el ser del Derecho que no sea capaz de mantener los ojos abiertos ante el efectivo ser social del Derecho termina perdiéndose en especulaciones gratuitas» (García Amado, 1994: 143).

6. Recuerda en esto parcialmente a Habermas, quien declara que lo que en este contexto importa «[…] la elaboración de un planteamiento reconstructivo que haga suyas ambas perspectivas: la de una teoría sociológica del derecho y la de una teoría filosófica de la justicia» (Habermas, 1998:69). Por su parte, Bobbio (1990: 219) se manifestó al respecto de manera contundente: «Nunca como hoy la ciencia jurídica ha sentido tanto la necesidad de establecer nuevos y más estrechos contactos con las ciencias sociales».

7. Que no propone la sustitución de la teoría del Derecho por una teoría sociológica del Derecho, sino que intenta mostrar las limitaciones de la perspectiva dominante en la primera de ellas y poner de manifiesto cómo pueden superarse esas limitaciones integrando en la teoría del Derecho la perspectiva sociojurídica, aunque en otro momento incluso se plantea el desarrollo de una teoría sociojurídica del Derecho en cuanto tal siguiendo a Cotterrell (Aymerich, 2021: 168-198).

8. Corresponde a Aymerich la propuesta de una docencia de la teoría del Derecho en clave sociológica en la Universitat Jaume I.

9. En los manuales de teoría del Derecho en los que he participado, corresponde también a Aymerich el mérito de plantear la teoría del Derecho arrancando de su descripción como fenómeno social más que de la contraposición entre lo normativo y lo fáctico (*more* kelseniano) (Aymerich y García Cívico, 2017).

10. *El pequeño salvaje*, de Truffaut, no es la única película recomendable sobre niños salvajes. *El enigma de Gaspar Hauser* (*Jeder für sich und Gott gegen alle*) (1974) es una hermosísima incursión de Werner Herzog sobre el huérfano más misterioso de Europa. «Los últimos días de Vicente Cau Cau, el niño lobo chileno» es un exhaustivo texto sobre Cau Cau publicado por Claudio Pizarro en la revista *The Clinic*. *Genie* es el nombre que en 1970 dieron a una niña de un suburbio de Los Ángeles que había pasado toda su infancia encerrada en una oscura habitación. Su experiencia del mundo se reducía a gritos, golpes y a 5 centímetros de cielo que se colaba por un agujero desde donde habría distinguido el sonido de un piano y las sombras de los aviones al pasar. El filme *Mockingbird Don't Sing* (Bromley Davenport, 2001) refleja la terrible historia de otra naturaleza descorazonada. La más conocida historia de niños lobo en España

es *Entre lobos* (Gerardo Olivares, 2010), película basada en la salvaje vida de Marcos Rodríguez Pantoja. Las personas interesadas en profundizar en esta historia pueden leer «Vivir 12 años entre lobos», un breve reportaje de Cristóbal Ramírez publicado en el diario *El País* (García Cívico, 2019: 197).

11. En el Tema 1 («El lugar del Derecho en las ciencias sociales»), elaborado por Aymerich (Añón *et al.*, 2020: 15-27).

BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN ROIG, María José (2018): «El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectivas y alcance», en C. García Pascual (coord.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 19-75.

AÑÓN ROIG, María José *et al.* (2020): *Teoría del Derecho,* Valencia: Tirant lo Blanch.

AYMERICH OJEA, Ignacio (1993): «Identidad individual y personalidad jurídica», *Anuario filosófico*, 26(2), 395-413

– (2008): «¿Puede el derecho reflejar valores morales?: reflexiones sobre la teoría dualista», en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, v. 2,* Madrid: Dykinson, 105-132.
– (2019): «La dimensión litúrgica del sistema jurídico», en I. Aymerich Ojea y J. García Cívico (coords.), *Derecho y cultura. La norma y la imagen (I)*; Valencia: Canibaal, 165-172.
– (2020): «El lugar del Derecho en las relaciones sociales», en Añón, María José *et al., Teoría del Derecho,* Valencia: Tirant lo Blanch, 19-31.
– (2021): «Sobre la teoría del derecho en perspectiva sociojurídica. En homenaje a Manuel Calvo García», *Revista latinoamericana de sociología jurídica*, 3, 168-198.

AYMERICH OJEA, Ignacio, Jesús GARCÍA CÍVICO y Jesús Vicente AMBLAR (2012): *Síntesis de teoría del derecho*, Valencia: LCBooks.

AYMERICH OJEA, Ignacio y Jesús GARCÍA CÍVICO (2017): *Elementos básicos de teoría del Derecho*, Valencia: LCBooks.

BERNUZ, María José (2013): «Cine de juicios y juicios de cine», en A. García Inda y M.J. Bernuz Beneitez (coords.), *Herencia del viento. La lucha de los derechos*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BOBBIO, Norberto (1990): *Contribución a la teoría del derecho,* Madrid: Debate.

CALVO GARCÍA, Manuel. (2010): «¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la teoría del Derecho?», *Anales de la cátedra Francisco Suárez,* 44, 371-394.

– (2014): «Positivismo jurídico y teoría sociológica del Derecho», *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies,* 6(1), 46-66.

CAVELL, Stanley (2008): *El cine, ¿puede hacernos mejores?,* Buenos Aires: Katz.

DE LUCAS, Javier (2021): *Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch,* Valencia: Tirant lo Blanch.

DE MIGUEL, Íñigo (2004): *Matrix. La humanidad en la encrucijada,* Valencia: Tirant lo Blanch.

DELEUZE, Gilles (1984): *La imagen-movimiento. Estudios sobre cine (1),* trad. I. Agoff, Barcelona: Paidós.

– (1987): *La imagen-tiempo. Estudios sobre cine (2),* trad. I. Agoff, Barcelona: Paidós.

FERRARI, Vincenzo (2000): *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho,* Madrid, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas- Dykinson.

FREEMAN, Hadley (2015): *The time of my life. Un ensayo sobre cómo el cine de los ochenta nos enseñó a ser más valientes, más feministas y más humanos,* Barcelona: Blackie Books.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1994): «La filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la "Teoría del Derecho" como sucedáneo», *Persona y Derecho,* 31, 109-155.

GARCÍA CÍVICO, Jesús (2015): «Hombre rico, hombre pobre: sobre el documental *El fin de la pobreza»,* en J.A. García Sáez y R. Vanyó Vicedo (eds.), *Educar la mirada: documentales para una enseñanza crítica de los derechos humanos,* Valencia: Tirant lo Blanch, 57-73.

– (2019): «Presupuestos para una perspectiva cultural del derecho», en I. Aymerich y J. García Cívico (coords.), *Derecho y cultura. La norma y la imagen (I),* Valencia: Canibaal.
– (2021) «El guion, el guion! *Double Indemnity», Revista digital de cultura Registros,* 4 [en línea] <https://registrosculturales.com>
GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2010): «Anatomía de un asesinato: Las impurezas del Derecho (y cómo aprender Derecho con ellas)», *Anuario de Filosofía del derecho,* XXVI, 231-240.
– (2019): «Anatomía de un asesinato: o de la seductora complejidad del Derecho», en I. Aymerich y J. García Cívico (coords.), *Derecho y cultura: la norma y la imagen (I),* Valencia: Canibaal, 201-203.
GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio (2008*a): «El rito, o el Derecho y el Juez según el realismo jurídico escandinavo», Revista de derecho de la UNED,* 3, 101-123.
– (2008*b): Derecho y cine: el derecho visto por los géneros cinematográficos, Valencia: Tirant lo Blanch.*
HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* trad. M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta.
KELSEN, Hans (1992): «Una fundamentación de la sociología del Derecho», *Doxa,* 12, 213-256.
LENNE, Gérard (1970): *El cine «fantástico» y sus mitologías,* trad. G. Hernández, Barcelona: Anagrama.
LIPOVETSKY, Gilles y Jean SERROY (2009): *La pantalla global. Cultura mediática y cine en la era hipermoderna*, Barcelona: Anagrama.
LUHMANN, Niklas (1985): «El enfoque sociológico de la teoría y práctica del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 25, 87-103.
MAMET, David (2008): *Bambi contra Godzila. Finalidad, práctica y naturaleza de la industria del cine*, Barcelona: Alba.
MARSHALL, Thomas H. (1998): *Ciudadanía y clase social*, Madrid: Alianza.
MCKEE, Robert (2019): *El guion. Story. Sustancia, estructura, estilo y principios de la escritura de los guiones,* Barcelona: Alba.
MORIN, Edgar (2001): *El cine o el hombre imaginario,* Barcelona: Paidós.
NUSSBAUM, Martha (1997): *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública, Santiago de Chile: Universidad Andrés Bello.*
OST, François (1993): «Júpiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez», *Doxa,*14, 169- 1994.
PARDO, José Luis (2018): «El insensato furor del resentimiento», *Letras Libres*, 197, 6-9.
PÉREZ, Sergio (2014): «Diez años del Seminario Cine y Derecho», *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja,* 12, 213-216.
PÉREZ CABALLERO, Jesús (2019): *Her. Personas, máquinas y Derecho,* Valencia: Tirant lo Blanch.
PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, (2010): «Cine y derecho: aplicaciones docentes», *Anuario de filosofía del derecho,* XXVI, 247-256.
REALE, Miguel (1985): «Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 25, 203-224.
RIVAYA GARCÍA, Benjamín (2008) «El cine de los derechos humanos» *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, v. 3, Madrid: Dykinson, 1059-1082.
– (2012): «Los derechos fundamentales en imágenes. Cine "de" y "contra" los derechos humanos», en F. Reviriego Picón (coord), *Proyecciones de derecho constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 145-188.
– (2014): «*¿Por qué usar el cine para enseñar derechos humanos?»,* en M.A. Ramiro Avilés (coord.), *Derechos, cine, literatura y cómics: cómo y por qué* / coord. por Miguel Ángel Ramiro Avilés, Valencia: Tirant lo Blanch, 13-30.
RIVAYA GARCÍA, Benjamín y Pablo DE CIMA (2004): *Derecho y cine en 100 películas,* Valencia: Tirant lo Blanch.
ROBLES, Gregorio (1993): *Sociología del derecho,* Madrid: Civitas.
RUIZ SANZ, Mario (2010): «La enseñanza del Derecho a través del cine: implicaciones epistemológicas y metodológicas», *Revista de Educación* y Derecho, 2, 1-16.
STEINER, George (2004): *Lecciones de los maestros,* Barcelona: Siruela.

SUSÍN BETRÁN, Raúl (2019): «Pensar la colección Cine y Derecho a partir de Mario Ruiz Sanz», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho,* 40, 318-330.
Max WEBER (1997): *El político y el científico,* trad. F. Rubio Llorente, Madrid: Alianza.

Fecha de recepción: 8 de febrero de 2022.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.

TEMAS DE HOY

Interpretación de la norma penal, principio de vigencia y crítica legislativa

Emiliano Borja Jiménez

INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PENAL, PRINCIPIO DE VIGENCIA Y CRÍTICA LEGISLATIVA

INTERPRETATION OF THE CRIMINAL LAW, PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS AND LEGISLATIVE CRITICISM

Emiliano Borja Jiménez
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia

INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PENAL, PRINCIPIO DE VIGENCIA Y CRÍTICA LEGISLATIVA

Emiliano Borja Jiménez
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. 2. La interpretación y el principio de vigencia de las normas penales. 3. Un ejemplo de principio de vigencia y crítica legislativa. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la cada vez más compleja sociedad occidental ha experimentado constantes y vertiginosas transformaciones. El Derecho, como forma de regulación de la vida social que coadyuva a la convivencia de los individuos y de los grupos que estos integran, sufre constantes cambios merced a esas trasformaciones. Las leyes y reglamentos son modificados o derogados continuamente. El ordenamiento jurídico evoluciona condicionado por esa complejidad, que lleva aparejadas numerosas dificultades. Entre ellas, cabe destacar el aumento de la inseguridad jurídica y la deficiente calidad técnica de la legislación.

Sin embargo, las leyes penales no han sido objeto de grandes modificaciones durante los siglos XIX y XX. Ello es coherente con su función de protección de bienes jurídicos orientada a garantizar la a la coexistencia pacífica de los seres humanos. De tal suerte que, si el modelo positivo de convivencia social viene determinado por la Constitución, el modelo negativo, esto es, el que rechaza las acciones que no desean tolerarse bajo ningún concepto en una comunidad dada, viene establecido por el Código Penal. Lógicamente, si la Constitución no es objeto de muchas alteraciones, tampoco el texto punitivo variará sustancialmente, en la medida en que las transiciones sociales caracterizadas por los cambios políticos radicales acontecen en momentos históricos entre los que median varias décadas.

No obstante, especialmente a partir del inicio del presente siglo XXI, también la legislación criminal ha sido sometida a reiteradas modificaciones. Estos cambios permanentes han obedecido a la necesidad de dar respuesta a las nuevas realidades complejas y a otros fenómenos, entre ellos la utilización política del sistema penal para obtener rédito electoral ante las demandas de seguridad ciudadana o la exigencia de hacer frente a nuevos peligros, cada vez más sofisticados y tecnificados, en la moderna sociedad del riesgo.

Lo cierto es que las numerosas reformas que ha experimentado el Código Penal de 1995 merced a las razones arriba apuntadas —y a otras que ahora no pueden tomarse en consideración— han erosionado progresivamente la calidad técnica de sus disposiciones. La interpretación y aplicación de sus normas generan, en no pocas ocasiones, resultados perturbadores. Es decir, las graves deficiencias técnico-jurídicas de las disposiciones penales determinan que el intérprete o el aplicador del Derecho se enfrente habitualmente a serios obstáculos que dificultan su labor.

Si un texto legal prevé soluciones jurídicas en un caso concreto que son inapropiadas para resolver eficazmente el problema o el conflicto conforme a la letra y al espíritu de la norma, el operador jurídico que lo toma en consideración puede optar por distintas alternativas. Aquí tan solo haré referencia a dos de ellas, las únicas a las que suele recurrirse.

La primera consistirá en recurrir a los diversos criterios de la interpretación jurídica (histórico, gramatical, sistemático, etc.) y, en la medida en que previsiblemente no podrá salvarse el error normativo de la regulación a través de esta vía, la actividad interpretativa conducirá a una conclusión absurda, reñida con la lógica, injusta o desechable desde la perspectiva político-criminal.

La segunda, más creativa e innovadora, pero también más difícil de llevar a cabo, estribará en el intento de forzar las claves argumentativas que ofrece la deficiente disposición, aun alejándose de su tenor literal, para alcanzar una solución más coherente desde el punto de vista de la lógica o de la justicia.

Ambas posiciones, que muestran dificultades y problemas en los resultados que ofrecen, todavía son más complicadas de llevar a cabo cuando se trata de una o varias disposiciones penales que presentan deficiencias técnico-jurídicas. Ello se debe a que el operador jurídico no puede subsanar las carencias del ordenamiento punitivo mediante una labor integradora que recurra a la analogía, procedimiento que estaría permitido (y que incluso sería obligado si existiese una laguna normativa) en el ámbito civil. El principio de legalidad de los delitos y de las penas, y su concreción técnica en el de taxatividad, impiden todo mecanismo creador de normas jurídico-penales fuera de la propia ley.

Frente a los resultados de la interpretación de un precepto o de un conjunto de preceptos que muestran una mala o pésima técnica jurídica en su regulación o en su concreta aplicación, la doctrina y, en menor medida, la jurisprudencia de los tribunales dirigen frecuentemente sus dardos críticos contra la labor legislativa. Incluso no es inusual que se lleve a cabo una exégesis de la ley que ponga en evidencia los errores de la elaboración de la norma sin aportar soluciones argumentativas que puedan enmendar las insuficiencias del Derecho positivo. De nuevo, la materia penal revela sus específicas condiciones para sortear

muchos de los inconvenientes señalados. El principio *in dubio pro reo,* como proyección del principio de presunción de inocencia en la valoración de la prueba en el proceso penal, también se traslada al ámbito de la interpretación jurídica y, cuando las normas son incriminadoras, aparece como expediente que resuelve con facilidad todos estos problemas. Cualquier duda sobre el alcance del texto legal en relación con la subsunción en el mismo de un hecho de la vida social, apuntará a la absolución del acusado o de los potenciales reos en casos similares. Pero no siempre este recurso hermenéutico resuelve todos los problemas: en ocasiones, en lugar de enfrentarse a ellos los sortea.

2. LA INTERPRETACIÓN Y EL PRINCIPIO DE VIGENCIA DE LAS NORMAS PENALES

Las normas, entendidas como instrumentos de ordenación de la coexistencia humana, nacen, viven y mueren. Una vez creadas, están destinadas a ser aplicadas durante el periodo de su vigencia cuando entra en su campo de subsunción el hecho de la vida social objeto de su regulación. La interpretación coadyuva a un mejor entendimiento del significado del texto de la ley orientado a distinguir los supuestos que ingresan en su ámbito de acción y aquellos otros que quedan fuera de él. Cuando se trata de leyes penales, esta labor interpretativa tiene que ser mucho más precisa que en otros sectores del ordenamiento. Tanto su supuesto de hecho (delito o hecho antijurídico peligroso) como su consecuencia jurídica (la pena, la medida de seguridad o ambas) han de quedar bien definidos, dado que de ello depende la mayor o menor restricción de la libertad humana. Evidentemente, esta labor exegética es más relevante, pero también más difícil, cuando la disposición o disposiciones carecen de la claridad y la concreción que requiere la realidad a la que hacen referencia. No es de extrañar, por tanto, que, cuando afloran las carencias del texto legal, en no pocas ocasiones el intérprete concluya que el precepto concreto es inaplicable debido a los errores legislativos de su redacción o porque es, simplemente, contrario a la Constitución.

En tales casos, se plantea un conflicto metodológico y práctico. En efecto, la crítica legislativa es fácil cuando las respectivas reformas adolecen de una deficiente técnica jurídica. Es entonces cuando el intérprete tiene la oportunidad de acreditar su finura como jurista mostrando sus conocimientos de la ciencia del Derecho y evidenciando la ignorancia del legislador. El infructuoso resultado de la exégesis del precepto se achaca a la torpeza de la elaboración de la norma y las conclusiones suelen generar consecuencias reñidas con la lógica, con la justicia o con la política criminal. Estas secuelas suelen conducir a la absolución del acusado o incluso a plantear la inconstitucionalidad de la disposición.

Connotados expedientes metodológicos, tan conocidos en la dogmática penal, han derivado (más de una vez) en indeseables rupturas de la legitimidad del Derecho. Razonando con sutileza en el marco de determinadas concepciones de la teoría del delito, se eximió de condena a muchos criminales nazis que fueron enjuiciados en Alemania a partir de los años sesenta. Esta misma *praxis* también ha guiado el procesamiento de determinados delitos socioeconómicos de gran relevancia.

Habría que recordar entonces que en el ámbito de la interpretación existe un axioma denominado principio de vigencia de las normas. Apenas ha sido tratado en la jurisprudencia de los tribunales y en los manuales de Derecho pueden encontrarse algunas líneas que recuerdan su existencia. Llama la atención la escasa atención que se presta al principio de vigencia de las normas en contraste con la consideración de que es objeto el principio conservación de las normas, que ha sido minuciosamente analizado por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y otros órganos jurisdiccionales, así como por la doctrina. En la medida en que ambos mantienen un fundamento común (la pretensión de que la norma interpretada adquiera vigencia en el caso concreto frente a su derogación tácita so pretexto de su absurda redacción o contradicción con el texto fundamental), se hará una breve referencia a este último (por ser el más estudiado) con la finalidad de poder realizar una más fácil explicación de aquel otro.

El principio de conservación de las normas opera como criterio de interpretación dirigido al mantenimiento efectivo del axioma de la separación entre los poderes legislativo y judicial. La creación, modificación o derogación de las leyes corresponde a aquel, y no a este último. Si en el enjuiciamiento de un supuesto concreto el órgano jurisdiccional pudiera alegar alegremente la inaplicación de la disposición por ser contraria a la Constitución, estaría arrogándose una competencia que no le corresponde, a saber, acabar con la vida de la norma. Por ello, este principio complementa la institución de la cuestión de inconstitucionalidad, para que el juez siga enjuiciando con la disposición puesta en tela de juicio, salvo que entienda que el TC es quien debe pronunciarse sobre la conformidad de la misma con el texto fundamental (en cuyo caso planteará la cuestión de inconstitucionalidad con arreglo al art. 35 de la LOTC). Ante las dudas que puedan presentarse sobre este aspecto, con el fin de mantener la vigencia de esa ley, será requerido para que realice un esfuerzo y busque otros criterios hermenéuticos dirigidos a asegurar la supervivencia del precepto frente a aquellos cuya aplicación determina la invalidez del mismo por entrar en contradicción con la CE.

El principio de conservación de las normas, en definitiva, propugna una opción. Entre las diversas exégesis que puedan llevarse a cabo en relación con la letra y el espíritu de la ley, han de tomarse en consideración aquellas que le otorguen sentido y razón de ser en su específica aplicación y deben rechazarse las que directamente aboguen por su inconstitucionalidad. Como se ha señalado, el defensor de la Constitución ha desarrollado este axioma en una doctrina homogénea desde sus inicios. Se traen ahora a colación unos párrafos que desarrollan esta doctrina.

> «El criterio de la interpretación conforme se puede encontrar ya en sentencias tan tempranas como la STC 4/1981, de 2 de febrero, o la STC 122/1983, de 16 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 6 ya decíamos que "siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal". Este criterio, que constituye ya doctrina consolidada, se desarrolla igualmente en la STC 93/1984, cuyo FJ 5 señala que "es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación". En similar sentido, SSTC 176/1999, de 30 de

septiembre, FJ 3; 89/2004, de 25 de mayo, FJ 8, o 133/2006, de 27 de abril, FJ 14". STC 189/2013, de 7 de noviembre, FJ 4 (*Tol 4021097*). Con otras palabras se expresó la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7 (*Tol 1173808*): "Conforme reiteradamente hemos venido manteniendo, en virtud del principio de conservación de la ley solo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma (por todas, SSTC; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8; 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6; 131/2006, de 27 de abril, FJ 2). Por ello será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución (SSTC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 5; 76/1996, de 30 de abril, FJ 5) habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera».

Cabe recordar que este postulado viene recogido en el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder judicial, cuyo tenor literal es el siguiente: «Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento».

Este criterio metodológico tiene, sin embargo, un límite lógico. La loable pretensión de mantener la supervivencia del precepto en cuestión no puede deformar el significado de su redacción conforme a las reglas del lenguaje empleadas comúnmente en la vida social y en el mundo del Derecho. La interpretación conforme a la Constitución, por tanto, no puede forzar el sentido de la norma más allá del que adquiere en su aplicación a los supuestos que subsume en la cotidiana realidad. Así lo ha expresado el TC en alguna de las resoluciones y fundamentos señalados anteriormente.

«Cierto es que la salvaguarda del principio de conservación de la norma no puede lesionar la propia naturaleza de la Constitución como Ley Fundamental Suprema del ordenamiento jurídico, por lo que este Tribunal en toda actividad de interpretación conforme que acometa, debe respetar tanto la literalidad de la norma cuestionada como el contenido del mandato ínsito en la norma examinada. En términos acuñados por reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se erige en parámetro hermenéutico el que la interpretación conforme se pueda deducir "de modo natural y no forzado" del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica (por todas, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4; 74/2000, de 16 de marzo, FJ 3; o 56/2004, de 21 de septiembre, FJ 8; STC 189/2013 (FJ 4). Y en similares términos, en la STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5 (*Tol 4561315*) se señala: "[…] lejos de estar ante un caso de incompatibilidad de la literalidad del precepto con el derecho a la presunción de inocencia, en el que el principio de conservación de las normas llevara a traspasar el límite de ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos (SSTC 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7; y 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6), la interpretación conforme es la única respetuosa con el principio de legalidad penal».

Sin embargo —y ello es relevante por lo que se dirá más abajo—, la pésima técnica jurídica del legislador no constituirá un límite al principio de conservación de las normas, como la citada STC 189/2013 señala en su FJ 4: «A tales conclusiones sobre la necesaria selección, en su caso, de aquella interpretación que por su adecuación a la Constitución logra la subsistencia de la norma, se ha de yuxtaponer la ulterior doctrina de este Tribunal según la cual podría discutirse la corrección o el acierto de los términos elegidos por el

legislador autonómico pero, como señala el fundamento jurídico 6 de la STC 37/2002, de 14 de febrero, el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional no es un juicio de técnica legislativa, de modo que […] las deficiencias técnicas no representan en sí mismas tachas de inconstitucionalidad […]».

Trasladado este argumentario al postulado exegético de la vigencia de las normas, pueden apreciarse, tal y como se ha señalado en párrafos anteriores, algunos fundamentos y consecuencias comunes.

En efecto, el principio de vigencia de la norma también persigue un resultado en la interpretación de la misma que le otorgue sentido y razón de ser frente a otros criterios hermenéuticos que obstaculicen o impidan su aplicación por considerar su redacción absurda o carente de eficacia en el caso concreto. Como en el axioma de conservación, el de la vigencia de la disposición obliga al operador jurídico a llevar a cabo un esfuerzo imaginativo para buscar, entre todos los planteamientos exegéticos, aquel o aquellos que posibiliten su capacidad de subsunción de los hechos de la vida social propios de su competencia frente a aquellos que reduzcan la aplicación del precepto al ámbito de lo irracional. Los errores técnico-jurídicos del texto legal no pueden ser un obstáculo para perseguir y alcanzar, en la medida de lo posible, este objetivo. Como se ha dicho antes, de esta manera se respeta el principio de división de poderes y la primacía del legislativo frente al judicial y se evita una paralización del sector de la vida social regulado por la norma jurídica de referencia.

Sin embargo, este postulado se enfrenta a mayores dificultades cuando se proyecta en el ámbito penal, dado que aquí la interpretación gramatical y sistemática se desarrollan en campos más limitados y sus resultados tienen que ser más precisos. En la medida en que las normas jurídico-penales afectan a los derechos fundamentales de las personas, el principio de legalidad determina la taxatividad en la regulación de la conducta sancionada, la prohibición de la analogía y la limitación de su exégesis extensiva. Por tanto, las posibles interpretaciones de los respectivos textos legales se reducen notablemente.

En consecuencia, cuando el penalista se enfrenta a un planteamiento hermenéutico que, por deficiencias de la ley, conduce a consecuencias absurdas o inviables, su actividad exegética se moverá entre dos polos. Por un lado, tendrá que buscar una interpretación alternativa de la norma jurídico-penal defectuosa que pueda ser aplicable al conjunto de supuestos en el que viene delimitada su inicial subsunción. Pero, por otro lado, dicha aplicación alternativa no puede forzar el significado de los términos típicos más allá del sentido que estos encarnen en el uso cotidiano del lenguaje de la vida social, y especialmente, en su consideración en el sistema penal. Además, ese ir «más allá» en la lectura del precepto o de los preceptos de referencia estará más limitado cuando la operación hermenéutica comporte consecuencias negativas para el acusado. Y viceversa: el constreñimiento del principio de vigencia de la norma penal no puede llegar hasta el punto de que determine la impunidad en un concreto ámbito de su competente aplicación, dejando sin tutela judicial efectiva a la víctima o a las posibles víctimas del hecho punible enjuiciado.

Hasta aquí se ha expuesto un esbozo teórico de la cuestión. Para un mejor entendimiento de las conclusiones que acaban de exponerse, analizaremos un caso en el que se presentan los problemas estudiados y examinaremos las soluciones propuestas.

3. UN EJEMPLO DE PRINCIPIO DE VIGENCIA Y CRÍTICA LEGISLATIVA

La STS (Pleno) 396/2021, de 6 de mayo (*Tol 8431969*) enjuició en casación un supuesto en el que se trataba de dilucidar la calificación de la conducta de la acusada (todavía indiciaria) que presuntamente hizo uso en beneficio propio de una tarjeta de estacionamiento de vehículos en lugares habilitados para personas con movilidad reducida expedida a favor de su hermano, quien (él y no ella) se hallaba en esta situación. Al resolver el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó el correspondiente auto del Juzgado de Instrucción y acordó el sobreseimiento libre de la causa. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley contra la resolución de la Audiencia, pues estimaba que habían dejado de aplicarse los arts. 393 y 400 bis del CP, que incriminan este tipo de comportamientos, es decir, el uso de un documento oficial auténtico por persona no legitimada para ello. El TS dictó sentencia motivada con base en interés casacional con la pretensión de unificar la doctrina jurisprudencial en casos similares que, por otro lado, han sido enjuiciados con bastante frecuencia por los órganos jurisdiccionales de apelación.

En definitiva, se trataba de resolver la siguiente cuestión jurídica: si los supuestos de utilización por ciudadanos no autorizados de tarjetas emitidas por la respectiva Administración para estacionar vehículos en zonas habilitadas y expedidas en favor de personas que legalmente tienen reconocida una capacidad de movilidad reducida generan —o no— responsabilidad penal.

Es relevante tomar en consideración los aspectos de la calificación jurídica que fueron aceptados por las dos versiones (absolutoria en el caso de Audiencia, acusatoria en el del Ministerio Fiscal) para analizar, posteriormente, el núcleo duro de la discordancia en la aplicación de la norma.

Las tarjetas de estacionamiento para personas con movilidad reducida son consideradas documentos oficiales con arreglo al art. 390 y el enunciado del capítulo correspondiente. Pues, según la definición imperante, son emitidas por la Administración Pública conforme a la legislación vigente a petición de un particular (en este sentido, reunificando su doctrina jurisprudencial, STS 577/2020, de 4 de noviembre —*Tol 8209102*—). También se admite comúnmente que el uso de las mismas por quien no es su titular legítimo se califica como uso de documento falso según estipula el art. 400 bis («En los supuestos descritos en los artículos 392, 393, 394, 396 y 399 de este Código también se entenderá por uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos el uso de los correspondientes documentos, despachos, certificaciones o documentos de identidad auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello»). Por último, la utilización de documento oficial falso por particular está tipificado en el art. 393 CP, cuyo tenor literal es el siguiente:

«El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores».

Para las dos propuestas señaladas, no cabe duda de que el uso de un documento oficial auténtico como una tarjeta especial de estacionamiento reservado por quien no es su titular podría subsumirse en la figura delictiva del art. 393 en relación con el 400 bis CP si dicho uso se realizase en perjuicio de tercero. En función del modo en que se interprete este elemento típico exigido por el mentado art. 393, la conducta de exhibir el distintivo o aparcar en un estacionamiento autorizado solo para personas con movilidad limitada valiéndose del legítimo permiso por persona distinta de la acreditada en el mismo podrá ser castigado penalmente o no.

En su sentencia, el TS entendió que dicho comportamiento no era punible porque no se realizó en perjuicio de otro, y confirmó el auto de la Audiencia Provincial, calificando los hechos como irrelevantes penalmente:

> «El recurso debe ser estimado, al carecer de relevancia penal los hechos investigados, dado que no integran ni el delito previsto en el artículo 392 en relación con el artículo 400 bis CP ni en el artículo 393 en relación con el artículo 400 bis del Código Penal, por cuanto ni el uso se predica de un documento de identidad ni se menciona que haya sido en perjuicio de tercero. No cabe, por lo demás, una aplicación analógica de la norma penal en contra del reo, aplicando la pena a conductas distintas de las previstas expresamente por el legislador» (STS 396/2021, FJ 5).

Esta interpretación, sin embargo, conduce a un resultado ilógico desde el punto de vista valorativo atendiendo a la propia jurisprudencia del TS: si no existe ninguna duda de que una tarjeta de estacionamiento reservado es un documento oficial, tampoco se discute que el sello que verifica la realización satisfactoria del proceso de inspección técnica de vehículos (pegatina de la ITV) no lo es, pues es considerado una mera certificación administrativa. Y el Tribunal de Casación ha declarado en su relevante STS 343/2020, de 25 de junio (*Tol 8007540*) que la colocación de una pegatina auténtica de la ITV en el vehículo del acusado como prueba de haber superado este trámite administrativo (que en realidad no realizó) se subsume en el ámbito típico del art. 400 bis en relación con el art. 399. Es decir, tomando en consideración los respectivos preceptos, la falsificación por particular de una certificación administrativa se considera una conducta más leve que la de un documento oficial (multa de tres a seis meses en el caso de la certificación *ex* art. 399, prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses en el caso del documento oficial conforme al art. 392.1).

En una primera conclusión, si requerido por un agente de tráfico alguien le muestra el sello de la ITV auténtico que no corresponde a su vehículo, será castigado penalmente. Pero si lo que se solicita es la tarjeta de estacionamiento que exhibe quien no es su titular, su conducta no es punible. Así, el comportamiento más lesivo es irrelevante penalmente, y el más leve, castigado. Ello es así porque el uso ilegítimo de documento oficial requiere que se realice para perjudicar a otro (art. 393 en relación con el art. 400 bis), mientras que, si la utilización ilícita se refiere a la certificación, dicha condición motivacional no es exigida por el tipo penal (art. 399.2 en relación con el art. 400 bis). Ahí, en el hecho de que estos

comportamientos se delimiten en el campo de la tipicidad de forma distinta atendiendo a la existencia o no de esta intención del sujeto, radica la crítica legislativa que realiza el TS.

Con el fin de preservar la vigencia al art. 393 en relación con el 400 bis del CP en lo que respecta al uso ilegítimo de tarjeta de estacionamiento reservado para personas con movilidad limitada, pueden presentarse interpretaciones alternativas a las que realizó el TS en su sentencia 396/2021.

La primera consistiría en considerar este documento no ya como oficial, sino también como un documento acreditativo de la identidad. El uso de carné de identidad auténtico por persona distinta de su titular no requiere el ánimo de perjudicar a tercero y podría subsumirse en el art. 392.2 («Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso») en relación con el art. 400 bis. Pero este argumento iría más allá de una interpretación extensiva del citado art. 392.2 para conducir a una aplicación analógica del mismo, prohibida en Derecho penal (art. 4.1: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»). Las tarjetas de estacionamiento reservado no son documentos de identidad en la medida en que no están destinadas exclusivamente a identificar oficialmente a su titular.

Rechazada esta posibilidad, el resto de las interpretaciones alternativas propias del principio de vigencia de las normas pasarían por atribuir un significado alternativo a la locución típica «para perjudicar a otro».

Ciertamente, cuando alguien pretende obtener un beneficio ilegítimo a costa de otra persona, actúa con el fin de perjudicarla. Pero de ahí a considerar que la mera exhibición de un documento de estacionamiento reservado a un vehículo que no le corresponde tiene como finalidad lesionar el justo interés de un tercero dista un gran trecho. A esa misma conclusión llega la STS 396/2021 mediante una argumentación mucho más compleja y dogmática en la que ahora no podemos detenernos por razones de economía expositiva y por la limitada naturaleza de este trabajo. Como al Tribunal de Casación no le satisface, desde la perspectiva político-criminal, una consecuencia tan absurda como la apuntada, carga, no sin parte de razón, toda la responsabilidad en el propio legislador:

> «En verdad algo de paradójico hay en esa conclusión, pero es anomalía provocada por una legislación no del todo meditada: la tipificación específica de las certificaciones de forma generalizada, suscitó desde el principio problemas que han querido ser atajados con fórmulas legislativas poco precisas, cuyas disfunciones se ponen de manifiesto ahora al completar el rompecabezas con el art. 400 bis. No encajan bien las piezas. Lo más grave (uso de una certificación oficial de trascendencia en el tráfico jurídico por quien no es su titular) resultará atípico; siendo punible, en cambio, lo menos grave (el mismo supuesto pero referido a certificaciones de importancia relativa en el que no habrá inconveniente para la sanción a través de los arts. 400 bis y 399). No es lógico; pero esa falta de lógica es predicable de la ley. Si esta no es coherente, su estricta aplicación (que es lo que nos corresponde: la interpretación tiene sus límites) no podrá arrojar muchas veces resultados coherentes» (STS 396/2021, de 6 de mayo, FJ 9).

Llegados a este punto, la cuestión que debemos plantear es si es esta la única conclusión viable conforme a la exégesis de las disposiciones analizadas. Es verdad que no caben mu-

chas más consideraciones que las realizadas por el TS, pero todavía es posible profundizar algo más en este proceso hermenéutico. Aún es posible superar la resignada reducción al absurdo e introducir alguna dosis de racionalidad en el ámbito examinado.

Se ha visto que, con arreglo al principio de conservación de las leyes, en numerosas resoluciones (alguna traída aquí a colación), el TC ha manifestado que sobre un precepto cuya constitucionalidad está en cuestión pueden realizarse distintas lecturas, unas que consideren que la norma se ajusta al texto constitucional y otras que nieguen esta tesis. El principio de conservación de las normas constituye una derivación del principio de vigencia, orientado a mantener el sentido y la vida de las mismas al máximo posible. De ahí que, en consonancia con este último axioma, se reinterpretarán los arts. 393 y 399 en relación con el art. 400 bis CP para que, desde la perspectiva de la interpretación gramatical y sistemática, adquieran cierta razón de ser.

El bien o interés protegido por los delitos de falsificación (o uso de su falsificación) de documento oficial y certificaciones administrativas es la seguridad del tráfico jurídico que proporcionan estos objetos. La utilización ilegítima de los documentos auténticos por quien no está acreditado atenta a ese bien jurídico, pero con menor intensidad. De hecho, la mera exhibición de estos últimos sin una solicitud o control previo no menoscaba esa confianza en ellos con la misma intensidad que si fuesen falsos, a pesar de que el art. 400 bis equipare su punibilidad. Por seguir con el ejemplo ilustrativo de esta exposición, el vehículo en el que se muestra un sello legal de inspección de la ITV o que presenta visiblemente una tarjeta auténtica de estacionamiento reservado está muy lejos de mermar la seguridad que ofrecen estos documentos. Hasta este momento, estas conductas de mera exhibición no deberían ser castigadas como delictivas, pues tanto el principio de intervención mínima como el de subsidiariedad obligarían a que su menor lesividad fuere sancionada por la legislación administrativa. El concepto de uso de documento falso difiere, por tanto, del concepto de uso ilegítimo de documento auténtico porque el ámbito y la intensidad de la ofensividad de ambas conductas son muy distintos.

Por el contrario, la conducta sería punible (y no meramente sancionable por la legislación administrativa) cuando su capacidad de perturbación aumentase considerablemente. Ello ocurriría, por ejemplo, si el agente de tráfico solicitara la acreditación del estado de inspección del automóvil y el ciudadano mostrase la pegatina ilegítima o si, habiendo aparcado en una plaza reservada a personas con discapacidad ambulatoria, el infractor exhibiere la tarjeta auténtica de otra persona. En este último supuesto no puede afirmarse que quien estaciona ilegalmente su vehículo no perjudica a otros titulares legítimos que se ven privados de esta posibilidad por estar ocupado su aparcamiento reservado.

Con esta exégesis alternativa no se fuerza la interpretación gramatical, sistemática o teleológica, y, además, se respetan los principios de intervención mínima y de unidad cualitativa entre el ordenamiento jurídico-penal y el administrativo sancionador. La interpretación cumple también con la exigencia —lógica— de que se sancionen más gravemente las conductas más ofensivas y menos intensamente los comportamientos más leves.

4. CONCLUSIÓN

En las últimas décadas, el sistema penal se encuentra ha sido sometido a un permanente proceso de «administrativización» que, entre otras consecuencias, aboca a constantes y reiteradas reformas legales. Este vertiginoso proceso de reforma implica, además de otras consecuencias negativas, que la normativa jurídico-penal se elabore con una técnica jurídica deficiente y una orientación político-criminal desviada. A consecuencia de ello, el operador jurídico se enfrenta a grandes dificultades para llevar a cabo la interpretación o aplicación de los correspondientes textos legales. Precisamente, dichas dificultades son mayores en el ordenamiento jurídico-punitivo porque en él rige con particular intensidad el principio de legalidad y la prohibición de aplicación analógica de las normas. Otros criterios, como el traslado del principio del *in dubio pro reo* del ámbito probatorio al de la interpretación, conducen con frecuencia a fáciles expedientes de sobreseimiento que convierten a las disposiciones legales en papel mojado.

El principio de división de poderes entre el legislativo y el judicial obliga a considerar que la competencia de derogar las leyes corresponde a aquel y no a este. El axioma de vigencia de las normas en materia de interpretación refuerza la función de aplicación de esas leyes por parte de los jueces, que no puede dejar de ser atendida so pretexto de la deficiente redacción de la disposición. Entre las distintas alternativas exegéticas del precepto defectuoso, el axioma prioriza aquella o aquellas que, sin sobrepasar los límites de los principios penales derivados de las garantías constitucionales, le otorguen sentido y capacidad de aplicación frente a las que lo destierrn a la obsolescencia normativa.

Ahora bien, la interpretación de la disposición cuestionada bajo el principio de vigencia no puede traspasar algunos límites, entre los que destaca el de sometimiento al significado propio de los vocablos de la ley conforme a su cotidiano entendimiento en la vida social y en el mundo del Derecho. La exégesis de los respectivos preceptos es más restringida y, como se ha reiterado, queda prohibida su aplicación analógica.

En el marco de estos límites, el sistema penal ofrece algunas herramientas hermenéuticas que tienen que explorarse con el fin de alcanzar un equilibrio entre el mantenimiento de la vigencia de la norma y las garantías constitucionales. Dichos criterios atienden al bien jurídico protegido por la norma, a principios penales como el de legalidad, el de taxatividad y el de intervención mínima o al carácter subsidiario del ordenamiento jurídico-penal frente al administrativo sancionador.

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2021.
Fecha de aceptación: 2 de febrero de 2022.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

http://teoriayderecho.tirant.com

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en *n* partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta *n*; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta *n*, y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2…).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ^{2}2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

• Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. ([2]2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

• Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

• Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

• Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antibambdas y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios)
Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es
ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.
https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762
Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.
CARHUS PLUS : valorada como A
RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).
Incluida en revistas jurídicas interdisciplinares. La mejor valorada por los expertos
http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to mantain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in *n* sections, from 1 to *n*; each subsection can also be divided from 1 to *n*, and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2…).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requerirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), althougth the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropiate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ^{2}2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferible to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. ([2]2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compilator…, preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availabilty, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the qualitiy criteria established by the "Comité 9 CNEAI" (six-year terms)
Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal Teoría & Derecho has been indexed in February 2017.
https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762
Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.
CARHUS PLUS : Position A
RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.
http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)
http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.
ISOC: Abstracts in Law
CIRC: Position B

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

http://teoriayderecho.tirant.com

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los prinicipios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de Teoría & Derecho, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los edtiores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractacion o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsabilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit orginals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develope the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal Teoría & Derecho, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the revieweres to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor´s own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the oppotunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication fromt the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*

www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- Biblioteca Virtual
- Herramientas Salariales
- Calculadoras de tasas y pensiones
- Tirant TV
- Personalización
- Foros y Consultoría
- Revistas Jurídicas
- Gestión de despachos
- Biblioteca GPS
- Ayudas y subvenciones
- Novedades

* Según ranking del CSIC

96 369 17 28

96 369 41 51

atencionalcliente@tirantonline.com

www.tirantonline.com